

INFLUENCIA ANGLOSAJONA EN LA PRUEBA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL: DISCOVERY



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER DE ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Autora: Yaiza ARAQUE MORENO

Tutor: D. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros

Departamento: Derecho Procesal

Convocatoria: Febrero 2016

Tribunal evaluador:

D^a M^a Teresa de Padura Ballesteros

D^a Paloma García-Lubén Barthe

D^o Jesús Zarzales Nieto

Calificación: Matrícula de Honor

RESUMEN:

El objeto de este estudio es conocer las semejanzas que existen entre los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*. Nos centraremos en el mecanismo probatorio del *discovery*, un mecanismo propio del Derecho americano y expondremos si tiene cabida en Estados pertenecientes al *civil law*, en concreto en España.

En segundo lugar, se hará una exposición sobre la regulación de este incidente, tanto en Derecho americano como en Derecho británico al igual de la influencia que ha tenido las nuevas tecnologías.

Asimismo, veremos qué ocurre cuando la información que se requiere está en poder de un tercero ajeno a la controversia ¿Es posible requerirle? ¿Y si se encuentra en el extranjero?

Finalmente, expondremos cómo funciona el *discovery* en un arbitraje internacional mediante el *Schedule of Document Production*, también denominado *Redfern Schedule*.

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional, *Discovery*, *Disclosure*, *E-Discovery*, *Redfern Schedule*, Mecanismo probatorio americano, Exhibición documental

ABSTRACT:

The purpose of this study is to get to know the similarities that exist between the common law and civil law legal systems. We will focus on the evidentiary discovery mechanism and we will study if it can be applied in a civil law State such as Spain.

Secondly, an explanation of the discovery's regulation in American Law and British Law is going to be made in order to expose the impact and effects of new technologies.

Moreover, we will see what happens when the request information belongs to a non-party. ¿Is the request likely? ¿And if that person lives abroad?

Finally, it's important to study how works discovery mechanism in international arbitration proceedings through the Schedule of Document Production called Redfern Schedule as well.

Key words: International arbitration, Discovery, Disclosure, E-Discovery, Redfern schedule, American evidentiary mechanism, Document production.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL DERECHO EUROPEO, EN ESPECIAL CON EL DERECHO ESPAÑOL	6
2.1.- La influencia de los diferentes sistemas jurídicos en la práctica del arbitraje internacional	6
2.2.- ¿ <i>Discovery</i> o <i>disclosure</i> ?.....	8
2.3.- Instituciones jurídicas españolas similares al <i>discovery</i> americano.....	9
3. MECANISMOS BÁSICOS Y FUNCIONAMIENTO DEL DISCOVERY EN ESTADOS UNIDOS.....	15
3.1.- Normativa y funcionamiento básico del <i>discovery</i>	15
3.2.- Límites y objeciones del <i>Discovery</i>	17
3.3. – Otros mecanismos del <i>Discovery</i> : <i>Depositions, interrogatories to parties, subpoenas, inspection and physical and mental examinations</i>	19
3.4. – Las nuevas tecnologías: <i>E-Discovery</i>	21
4. TERCEROS COMO RECEPTORES DE UNA PETICIÓN DE DISCOVERY	24
4.1.- Terceros como sujetos de una petición de <i>discovery</i>	24
4.2.- Prueba en el extranjero: 28 USC §1782 y §1783	27
5. EL DISCOVERY EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	31
5.1.- El <i>discovery</i> en los Tratados Internacionales.	31
5.2.- El <i>discovery</i> arbitral en organismos multilaterales: UNIDROIT y UNCITRAL	32
5.3.- El <i>discovery</i> en las Reglas de la IBA	34
5.4.- El <i>discovery</i> en la normativa sobre tiempo y costos de la Cámara de Comercio Internacional	36
5.5.- Funcionamiento del <i>Discovery</i> en un arbitraje internacional: <i>Redfern Schedule</i>	38
6. CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA CITADA	43

LISTADO DE ABREVIATURAS:

- **BGB:** *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán)
- **CC:** Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español.
- **CCI:** Cámara de Comercio Internacional.
- **CFR:** *Code of Federal Regulations*.
- **CIADI:** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (También denominado ICSID por sus siglas en inglés)
- **CIArb:** Chartered Institute of Arbitrators
- **CNUDMI:** Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (También denominado UNCITRAL, por sus siglas en inglés)
- **CPC:** *Codice di Procedura Civile* (Ley Procesal Civil italiana)
- **CPR:** *Civil Procedure Rules* (Ley Procesal Civil británica, aplicable a Inglaterra y Gales)
- **EDRM:** *Electronic Discovery Reference Model*
- **FAA:** Federal Arbitration Act.
- **FRCP:** *Federal Rules of Civil Procedure*
- **FRE:** *Federal Rule of Evidence*
- **IBA:** *International Bar Association*
- **LA:** Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
- **LEC:** Ley 1/2000, de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- **USC:** *United States Code*
- **ZPO:** *Zivilprozessordnung* (Ley Procesal Civil alemana)

1. INTRODUCCIÓN

Es notorio que las relaciones jurídicas han traspasado fronteras. Ahora mismo, una empresa española puede estar celebrando un contrato con una compañía americana.

Este contrato, plenamente válido, puede dar lugar a serias disputas si los suscriptores entran en conflicto y esto es porque cada parte pertenece a un sistema jurídico diferente, en el que a pesar de las particularidades de cada uno, veremos que tienen mecanismos similares.

Este estudio se centrará en el incremento de la influencia del Derecho anglosajón a nivel internacional. Desarrollaremos un mecanismo probatorio que no existe en nuestro ordenamiento, denominado *discovery*, y veremos si tiene cabida en nuestro Derecho o existen mecanismos semejantes.

En segundo lugar, expondremos el régimen de este incidente tanto en Derecho británico como estadounidense, y no sólo haremos alusión a sus semejanzas y diferencias, sino también a cómo han afectado las nuevas tecnologías: si se puede extender la práctica del incidente de *discovery* a aquella información electrónicamente almacenada y en su caso cómo una parte puede solicitar a la contraria su exhibición.

Asimismo, veremos qué ocurre cuando la información que se requiere está en poder o bajo control de un tercero ajeno a la controversia ¿Es posible requerirle? ¿Y si se encuentra en el extranjero? ¿Puede un Estado realizar la práctica de pruebas en territorio de otro sin vulnerar su soberanía?

Por último, centrándonos en la práctica del arbitraje internacional, analizaremos los Tratados Internacionales, Organizaciones multilaterales y reglamentos arbitrales que hacen referencia a la inclusión del *discovery* arbitral como medio probatorio y los mecanismos que tienen las partes para promover un procedimiento arbitral de manera ágil y eficaz que les conlleve la menor pérdida de tiempo y costos.

2. PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL DERECHO EUROPEO, EN ESPECIAL CON EL DERECHO ESPAÑOL.

2.1.- La influencia de los diferentes sistemas jurídicos en la práctica del arbitraje internacional.

En primer lugar y antes de comenzar a exponer las diferencias y similitudes que pueda tener el ordenamiento jurídico español con las reglas procedimentales americanas, es importante destacar que no sólo hay desigualdades entre las diferentes culturas jurídicas, esto es, entre países que se rigen por el sistema de *civil law* con respecto aquellos que se rigen por el sistema de *common law*¹, sino que también existen divergencias entre aquellos cuyo sistema² es el mismo.

Como muy bien explica el Prof. Claude Reymond³, estas diferencias son visibles cuando hablamos de arbitraje internacional y más aún cuando las partes pertenecen a

¹ En este sentido, véase REDFERN, A. & HUNTER, M. (2009), *On International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, pp.385-386 y REDFERN, A. & HUNTER, M. & BLACKABY, N. & PARTASIDES, C. (2006), *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Navarra, Thomson Aranzadi, pp 423-426.

² Podemos apreciar un claro ejemplo de estas desigualdades en el papel que desarrolla el Tribunal Supremo de cada país en materia arbitral. Mientras que en España son los Juzgados de Primera Instancia y los Tribunales Superiores de Justicia los competentes para conocer de la acción de nulidad de los laudos arbitrales y asistir a los árbitros durante el procedimiento arbitral (*ex. art. 8 LA*), en los restantes países de nuestro entorno esta situación no se da. Véase así que:

- En Francia, la *Cour de Cassation* conoce de la anulación de laudos arbitrales, llegando a dictar desde el año 2005 un total de 78 resoluciones en materia de arbitraje nacional e internacional. En 2015 las resoluciones más importantes que ha dictado en esta materia son (i) *Arrêt n° 979 du 23 septembre 2015 (14-14.423)*, (ii) *Arrêt n° 797 du 8 juillet 2015 (13-25.846)* y (iii) *Arrêt n° 482 du 13 mai 2015 (14-17.015)*.
- En Italia, la *Corte Suprema di Cassazione* también conoce en materia arbitral de la resolución que resuelve la oposición frente al decreto que aprueba o deniega la eficacia de un laudo extranjero (*ex. art. 840 CPC*). Sus últimas resoluciones han sido: (i) *Civile Sent. Sez. 1 Num. 22008 Anno 2015, de 7 de octubre de 2015*, (ii) *Civile Sent. Sez. 1 Num. 22007 Anno 2015, de 30 de septiembre de 2015* y (iii) *Civile Sent. Sez. 1 Num. 6909 Anno 2015, de 24 de febrero de 2015*.
- En Alemania, el *Bundesgerichtshof* conoce en materia arbitral al amparo del art. 1065.1 ZPO, esto es, frente las sentencias dictadas por el *Oberlandesgericht* cuando las mismas cumplan los requisitos de revisión exigidos y versen sobre algunas de las circunstancias del art. 1061.1 núm. 2 y 4. En los demás casos, las resoluciones dictadas por este tribunal son inapelables. La última sentencia dictada por el Alto Tribunal alemán en 2015 es la *BUNDESGERICHTSHOF BESCHLUSS I ZR 148/14 vom 27. August 2015 in dem Rechtsstreit*.
- En Reino Unido, la *House of Lords* conoce de los recursos de apelación frente resoluciones dictadas por los *Court of Appeal* y de manera muy excepcional de algunos recursos que provengan de la *High Court*.
- En Estados Unidos, la *Supreme Court of the United States* revisa aquellas resoluciones que tengan una gran relevancia jurídica en relación con la Constitución de los Estados Unidos y/o con la Ley Federal. Las últimas resoluciones dictadas por este Tribunal han sido: (i) *DIRECTV, INC. v. AMY IMBURGIA (October 2015)* y (ii) *WELLNESS INTERNATIONAL NETWORK, LIMITED, v. RICHARD SHARIF (January 2015)*.

³ REDFERN, A. & HUNTER, M. (2009), *On International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, pp.386.

diferentes sistemas jurídicos. De esta manera, se puede dar la situación en la que “un abogado que proviene de un país que se rige por el sistema de *common law* espere que el Demandante sea el que tenga la última palabra, mientras que el abogado que proviene de un país que adopta el sistema de *civil law* considera que es el Demandado el que tiene que alegar lo que estime conveniente al Tribunal en último lugar”.

¿Y qué ocurre cuándo son los miembros del Tribunal Arbitral los que pertenecen a distintos sistemas jurídicos? En esta ocasión, se dan varias posibilidades, a saber: (i) si todos los miembros proceden de países cuyo procedimiento está basado en los principios del *common law*, los abogados que se rijan por el sistema de *civil law* deben tener extremo cuidado y asegurarse de que su caso no dependa de hechos que sólo puedan acreditarse con documentos que pueden considerarse como inadmisibles en el sistema del Tribunal y (ii) si por el contrario todos los miembros del Tribunal o el árbitro único pertenece a un país que adopta los principios de *civil law*, el abogado que actúa bajo el sistema de *common law* no puede confiar en probar los hechos pura y simplemente a través de las declaraciones orales de los testigos.

No obstante, esta situación se puede salvar cuando los miembros del tribunal arbitral provienen de países de ambos sistemas jurídicos en el que normalmente se tiende a adoptar un sistema procesal más flexible. Asimismo, la *International Bar Association* (en adelante, “IBA”) también se ha pronunciado a este respecto dictando las Reglas sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁴.

Estas reglas tratan de dirimir estas posibles dificultades, de manera que el tribunal arbitral o el árbitro único sólo pueda inadmitir las pruebas propuestas⁵ o declarar que no se exhiban determinados documentos cuando se dé alguna de las causas tasadas en el artículo 9.2, esto es, cuando (i) la prueba no sea lo suficientemente relevante o útil para la resolución del caso, (ii) haya algún impedimento legal o *privilege* bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral, (iii) exista una carga excesiva para la práctica de la prueba propuesta, (iv) se haya perdido o destruido el documento solicitado, (v) exista un motivo de confidencialidad que el Tribunal estima como relevante, (vi) las pruebas han sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional o (vii) cuando el tribunal considera que no se debe practicar por razones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.

Por todo lo expuesto, se puede apreciar que ambos sistemas jurídicos tienen sus peculiaridades, más existe un régimen uniforme y estándar que permite subsanar todo tipo de problemas probatorios que puedan darse durante el proceso arbitral y hacer que éste sea ágil y eficaz.

⁴ REGLAS SOBRE LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Sobre este aspecto y en mayor profundidad se va a tratar en el punto 5 del presente estudio.

⁵ En este sentido nos debemos remitir al art. 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que establece que cada parte deberá asumir la carga de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas, salvo que las afirmaciones sean obvias, notorias o que no necesiten ser probadas.

2.2.- *Discovery* o *disclosure*?

Como ya ha quedado acreditado, dentro de un mismo sistema jurídico también existen peculiaridades. Un claro ejemplo se da en este estudio. Véase que al hablar de *discovery* me estoy refiriendo al ordenamiento jurídico americano, más si me remito al Derecho británico ésta figura pasa a denominarse *disclosure*. ¿Qué diferencia hay entre ellas?

Ambos términos hacen referencia a la técnica probatoria consistente en la obligación que tiene cada una de las partes de exhibir todos los documentos solicitados por la contraria, esto es, todos los documentos pertinentes que tenga en su poder, ya le sean favorables o no⁶.

No obstante, como veremos, el término *discovery* implica un objeto más amplio, en el que el proceso no solamente versa sobre el intercambio de documentación escrita, sino también de otros medios probatorios, como son por ejemplo las declaraciones de testigos, los interrogatorios escritos, las inspecciones oculares de objetos y/o propiedades...etc.

Si nos centramos en el ordenamiento jurídico británico, cabe decir que la práctica del *discovery* en Reino Unido se remonta al siglo XVIII, y que según este método “*las partes litigantes devenían obligadas a aportar al proceso todos aquellos documentos y escrituras litigiosas relevantes que estuvieren en su posesión; incluidas aquellas pruebas documentales que eventualmente perjudicasen las pretensiones de la parte que los aportase*”⁷. La finalidad de este mecanismo probatorio era facilitar a las partes la delimitación de los hechos controvertidos, pero también evitar que las mismas actuaran con mala fe si se reservaban documentación relevante y la aportaban sorpresivamente en un momento procesal posterior.

Pero lo más característico de la evolución de esta figura es la restricción que sufre a partir de la segunda mitad del siglo XX por la práctica forense. Hasta ese momento, la invocación del criterio *Peruvian Guano*⁸ permitía a las partes el poder solicitar un número ilimitado de documentos, de los cuales solamente unos pocos iban a ser relevantes y útiles para el proceso.

La búsqueda que los abogados hacían entre los documentos aportados con el fin de encontrar información relevante se consideraba como algo inútil que conllevaba una

⁶ El asunto *Davies v. Eli Lilly & Co.*, de 1987 plasma perfectamente el espíritu de esta figura cuando dice “(...) *Litigation in this country is conducted “cards face up on the table”. Some people from other lands regard this as an incomprehensible. “Why?” They ask “should I be expected to provide my opponent with the means of defeating me?” The answer, of course, is that litigation is not a war or even a game. It is designed to do real justice between opposing parties and, if the court does not have all relevant information, it cannot achieve this object...*”

⁷ Véase STAMPA, G. (2011), *Discovery Arbitral*, Madrid: Colex, pp. 53. En él, D. Gonzalo Stampa explica las etapas más importantes de la evolución de la figura del *discovery* en el sistema procesal civil británico hasta nuestros días y el por qué se utiliza el término *disclosure*.

⁸ Este criterio deviene de la resolución *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.*, en 11 QBD 55, 63 (1882).

gran pérdida de tiempo y el solicitar un número ilimitado de documentación (los términos “*fishing expedition*” o “*document hunting*” hacen referencia a este supuesto) es lo que se quiso limitar a partir de la década de los 70’.

Fueron las resoluciones judiciales de los asuntos *Rio Tinto*⁹ y *Asbestos*¹⁰ las que establecieron los requisitos para poder autorizar la práctica del *discovery* en Reino Unido, a saber: (i) la solicitud debía versar exclusivamente sobre documentos específicos y (ii) la parte solicitante debía demostrar tanto la existencia de dicho documento como su relevancia jurídica para dirimir la controversia.

Pero... ¿a qué se debe entonces la red denominación legislativa del *discovery*? Este cambio deriva de la reforma que realizó Lord Woolf en la década de los 90’. Ante las deficiencias que veía en el funcionamiento del *discovery* elaboró un informe en el que clasificó los tipos de documentos objeto de exhibición en cuatro grupos¹¹, de manera que si no se encuadraban en ninguna de las categorías las partes no podrían solicitar la práctica del *discovery* respecto ellos.

Además, manifestó que este término entendiéndolo como “exhibición”, debía sustituirse por el de *disclosure* (“revelación”) porque ya no existía un deber de exhibición ilimitada de documentos, fueran relevantes o no para el proceso, sino un deber de información y aportación específica exclusivamente de aquellos documentos relevantes para demostrar los hechos que se cuestionaban en el proceso.

El resultado de toda esta evolución, culminada por los informes de Lord Woolf, conllevó a una reforma legislativa en el año 1999. De esta manera, el funcionamiento del *disclosure* se recoge en el *Civil Procedure Rules* de Inglaterra y Gales a partir de la *Rule* 31. En Irlanda, y en sede arbitral, este incidente se regula en el artículo 17.F de la *Arbitration Act* de 2010 y en Escocia en la *Rule* 45 de la *Arbitration Act* 2010.

2.3.- Instituciones jurídicas españolas similares al *discovery* americano

Una vez hecha una breve referencia al incidente del *disclosure* británico, nos debemos centrar en el *discovery* americano (en su vertiente de exhibición documental) y en si éste tiene alguna cabida en el ordenamiento jurídico español, en particular, en sede arbitral.

Para que este incidente probatorio sea eficaz la parte solicitante tiene que presentar un escrito al tribunal arbitral en donde debe (i) identificar el documento que solicita, la fecha y a ser posible una breve descripción de su contenido, (ii) las causas

⁹ *Rio Tinto Zinc Corp v. Westinhouse Electric Corp*, en (1978) A.C. 547.

¹⁰ *In re Asbestos Insurance Coverage Cases*, en (1985) 1 W.L.R. 331.

¹¹ Los cuatro grupos de documentos que podrían ser objeto de *discovery* según Lord Woolf son aquellos que (i) están en posesión de las partes, (ii) están en poder de una de las partes, su existencia es conocida y su contenido puede fundar las pretensiones de dicha parte o de la contraria, (iii) forman parte de los antecedentes del litigio y (iv) permiten incoar una investigación cuyo resultado puede fundamentar las pretensiones de alguna de las partes.

por las cuales estima que dicho documento es relevante para el proceso y sus pretensiones y (iii) las causas por las cuales el tribunal debe requerir su exhibición a la parte contraria (véase en este sentido que la parte solicitante debe acreditar que no hay ningún otro medio a través del cual pueda obtener la información que solicita)

Normalmente el momento procesal de interposición es al principio del procedimiento, puesto que es ahí, donde a través de sus escritos y alegaciones iniciales las partes fundamentan sus pretensiones adjuntando los documentos que estimen pertinentes y obren en su poder¹².

El *discovery arbitral* se sustenta en cinco principios sustantivos, a saber:

- Principio de autonomía: Este incidente es de naturaleza dispositiva, es decir, son las propias partes las que deciden si se va a aplicar en el procedimiento arbitral o si por el contrario excluir su práctica. Es por ello por lo que el árbitro cuando recibe esta solicitud debe comprobar (i) si existe un sometimiento expreso a una legislación arbitral que regule el incidente o a un reglamento institucional concreto, (ii) si han acordado el desarrollo del incidente de una manera en concreto, (iii) si por el contrario al excluido explícitamente la práctica del *discovery* o (iv) ni no han dispuesto nada al respecto.
- Principio de disponibilidad: Este principio permite a las partes perfilar y desarrollar la tramitación del incidente de manera que se adapte eficazmente a las necesidades que pueda tener la controversia.
- Principio de especificidad: El *discovery* es un mecanismo probatorio que se realiza con el fin de obtener documentos específicos, los cuales no están en posesión de la parte solicitante y sólo puede conseguirlos si acude al tribunal arbitral o en su caso al tribunal ordinario que auxilie judicialmente en materia arbitral. Debido a esto, la parte solicitante debe como hemos señalado antes (i) identificar el documento, su localización y contenido, (ii) alegar los motivos por los cuales considera que es relevante para la determinación de la controversia y (iii) las causas y circunstancias por las que no puede obtener dicha información por cualquier otro medio.
- Principio de supervisión: Este principio está muy relacionado con el poder de documentación del árbitro y consiste en el deber que tiene el tribunal de examinar la legalidad del documento, la pertinencia de su contenido con respecto al objeto del litigio y si su alcance está dentro de los límites del procedimiento arbitral.

¹² Es en este momento en el que se realiza el escrito de solicitud de *discovery* y se ponen de manifiesto los requisitos anteriormente descritos. No obstante, también cabe la posibilidad de que esta solicitud se interponga en un momento posterior, pero siempre antes de la celebración de la audiencia.

- Principio de causalidad: El árbitro o tribunal al examinar la solicitud debe estimar que existe una adecuada relación entre el documento que requiere exhibir y la importancia que tiene el mismo para dirimir la controversia.

Habiendo señalado los caracteres principales de esta figura, y tomando como referente la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”) podemos afirmar que **sí existen mecanismos probatorios similares en Derecho español¹³ al *discovery***, los cuales pasamos a exponer a continuación.

En primer lugar, podemos hablar del aseguramiento de la prueba. Éstas se regulan en los artículos 297 y 298 LEC y pretenden evitar que la prueba se altere o destruya antes de que se pueda practicar en el momento procesal oportuno debido a determinadas conductas humanas o acontecimientos naturales. Normalmente, se suelen solicitar antes de la iniciación de cualquier proceso, más cabe la posibilidad de que este incidente se incoe durante el mismo.

Es por ello, por lo que el tribunal, si se dan los requisitos dispuestos en el artículo 298.1 LEC¹⁴, puede adoptar una medida que permita (i) conservar el estado en el que se encuentra la cosa, (ii) hacer constar fehacientemente su realidad y características o (iii) realizar mandatos de hacer o no hacer bajo apercibimiento por desobediencia al tribunal en caso de incumplimiento, de manera que cuando llegue el momento procesal oportuno la prueba se pueda practicar.

Con respecto a la pertinencia de su adopción en sede arbitral, la doctrina es unánime en acordar su uso¹⁵, más cabe destacar que si se solicita antes del comienzo del procedimiento hay que nombrar un Árbitro de Emergencia¹⁶.

¹³ Debemos recordar que los mecanismos que vamos a tratar son extensibles en sede arbitral. Como bien declararon la STC 176/1996, de 11 de noviembre y la STC 9/2005, de 17 de enero, la institución arbitral se basa en la autonomía de las partes y es un legítimo equivalente jurisdiccional. Por ello, el ordenamiento jurídico debe garantizarles la consecución de los mismos objetivos y garantías que obtendrían en la jurisdicción ordinaria, esto es, se deben respetar los principios y garantías procesales consagrados en el artículo 24.2 de la Constitución Española (dentro de los cuales está el de “*utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”; objeto del presente estudio).

¹⁴ Son tres las condiciones que se tienen que dar para que el tribunal adopte una medida de aseguramiento de prueba, a saber: (i) la prueba que se pretende asegurar tiene que ser posible, pertinente y útil, (ii) existencia de motivos para temer que de no adoptarse la medida de aseguramiento la prueba no va a poderse practicar en un futuro y (iii) que la misma pueda llevarse a cabo dentro de un tiempo breve sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros.

¹⁵ Antes de que existiera la figura del Árbitro de Emergencia, para adoptar esta medida en sede arbitral se debía solicitar apoyo judicial y en este sentido, D. José Garberí, decía “*sí que tiene sentido plantearse la posibilidad de solicitar del juez un aseguramiento de una fuente de prueba que en su día pueda introducirse en un procedimiento arbitral mediante el oportuno a practicar en el propio arbitraje*”. No obstante, “*el arbitraje debía haberse iniciado para que pudiera solicitarse dicho aseguramiento*”. Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J (2004), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, pp.819.

¹⁶ Esta figura se introdujo en los reglamentos de las principales Instituciones arbitrales con la finalidad de tomar decisiones en relación a la adopción de medidas cautelares o anticipación o aseguramiento de prueba en los casos en los que teniendo la intención, el procedimiento arbitral no se hubiera iniciado. Está recogida en el artículo 29 y Apéndice V del Reglamento de la ICC, en el artículo 37 y Anexo II del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y en el artículo 93 del Reglamento de LCIA.

Como segundo mecanismo probatorio similar al *discovery* tenemos la anticipación de la prueba. Ésta no se debe confundir con el instituto jurídico que acabamos de ver¹⁷. Aunque en ambos lo que se pretende es preservar la prueba ante el temor fundado de que se pueda destruir o alterar, con la anticipación lo que se prevé es precisamente adelantar su práctica.

La doctrina arbitral en este caso estaba dividida¹⁸ ya que mientras una parte sostenía su viabilidad en el proceso arbitral, otra declaraba que los árbitros no tenían potestad para practicar anticipadamente una prueba si el proceso no se había aún incoado. En la actualidad esta discusión ha desaparecido debido a la aparición de la figura del Árbitro de Emergencia, ya mencionada.

El tercero de estos mecanismos son las diligencias preliminares¹⁹. Tanto el Auto de la Audiencia Provincial de León 97/2009, de 30 de octubre, como el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 las definen como “el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia”.

Como bien se desprende, son actuaciones destinadas a preparar el proceso debido a la ausencia o incertidumbre de algún elemento clave inaccesible para el solicitante. Es por ello por lo que la LEC establece un listado con todas las actuaciones que el justiciable puede realizar antes de la incoación de proceso. De todas ellas, nos debemos centrar en las contenidas en el artículo 256.1.4º, 5º y 8º, esto es, aquellas diligencias cuyo objeto sea el de exhibir o bien (i) documentos y cuentas de una sociedad, (ii) la existencia de un contrato de seguro²⁰ y (iii) documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros²¹. En sede arbitral, esta figura es igualmente

¹⁷ Sobre esta distinción véase DE LA OLIVA, A. & DIEZ-PICAZO, I & VEGAS TORRES, J (2014), *Curso de Derecho Procesal Civil II: Parte especial*, Madrid: Universitaria Ramón Areces, pp. 130-133.

¹⁸ A pesar de que José Garberí estuviera a favor de la práctica de aseguramiento de prueba en el procedimiento arbitral, no era partidario de utilizar el mecanismo de anticipación de prueba en el arbitraje. Así lo declara en GARBERÍ LLOBREGAT, J (2004), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, pp.819. Sin embargo, sí que estaba a favor de esta práctica Ricardo Yáñez, tal y como se aprecia en YÁÑEZ VELASCO, R. (2004), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant- lo- Blanch Tratados, pp. 609-611.

¹⁹ Las Diligencias preliminares están consideradas como actuaciones de justicia rogada y aunque no se regulen en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, procede realizar una breve mención al respecto, ya que en esta ley se hace referencia a la exhibición de libros por las personas obligadas a llevar la contabilidad. En este caso, el procedimiento a seguir habrá de ser el estipulado en el artículo 112 y ss de dicho cuerpo legal.

²⁰ Debemos destacar la relevancia de esta diligencia preliminar en los términos del artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, puesto que si el futuro demandado tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil, estaremos ante un litisconsorcio pasivo voluntario en el que la aseguradora se va a convertir en co-demandada y va a responder como responsable civil directo de los daños que su asegurado haya podido ocasionar.

²¹ Este mecanismo probatorio previo a la iniciación del procedimiento también está contemplado en Derecho Comparado, a saber: (i) En Francia se recoge en el artículo 145 du *Nouveau Code du Procédure Civile*, (ii) en Alemania está regulado en los artículos 412, 429 y 485 ZPO y en los artículos 809 a 810 del BGB y (iii) en Italia se regula en los artículo 118 y 212 del CPC y en el artículo 2711 del *Codice Civile*.

aplicable, ya que como bien declara Ricardo Yáñez “no contradice la esencia arbitral en cuanto busca la plena efectividad del arbitraje”²².

Por último pero no por ello menos relevante, se encuentra el deber de exhibición documental. De todos los mecanismos que hemos visto, quizás es el que más se asemeja conjunto a las diligencias preliminares al *discovery*.

Si bien es cierto que cada una de las partes debe aportar conjunto sus escritos los documentos en los que pretenda basar sus pretensiones, hay ciertos casos en los que la información requerida está en poder (i) de la parte contraria, (ii) de un tercero ajeno al proceso o (iii) de una entidad oficial. En estos casos, y como hemos visto, se puede solicitar la práctica de alguna diligencia preliminar antes del inicio del proceso o bien pedir al tribunal que requiera a quien tenga en su poder los documentos para que los exhiba.

La tramitación de este incidente es muy parecido al de *discovery*, puesto que conforme lo dispuesto en el artículo 328.2 LEC el solicitante debe aportar un escrito al tribunal (entiéndase también como árbitro único) en el que identifique el documento que se pretende exhibir, bien sea mediante la aportación de una copia simple, bien indicando lo más detalladamente posible su contenido.

Esta solicitud puede ir dirigida como ya se ha puesto de manifiesto a la parte contraria, en cuyo caso si no lo exhibe y no alega un motivo justificado²³, se podrá atribuir valor probatorio a las declaraciones del solicitante, pero también puede solicitarse a un tercero. En este caso, para que la exhibición resulte eficaz, el tribunal debe entender que el contenido del documento es verdaderamente relevante y trascendente a los fines de dictar la resolución. En lo que respecta a las entidades oficiales, tienen el deber y no se pueden negar a expedir las certificaciones, testimonios o documentos solicitados a menos que se trate de documentación clasificada y exista un especial deber legal de secreto (ex. art. 332 LEC)

Dentro de un procedimiento arbitral, el árbitro será el que decida de conformidad con los artículos 328 y LEC sobre la exhibición de documentos entre las partes; no obstante precisará el correspondiente auxilio judicial cuando la misma se dirija frente a un tercero ajeno al proceso.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que a pesar de tener sistemas jurídicos diferentes, en el ordenamiento jurídico español existen mecanismos probatorios

²² YAÑEZ VELASCO, R. (2004), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant- lo- Blanch Tratados, pp. 596.

²³ Es relevante hacer mención a la diferencia entre la no exhibición justificada e injustificada del documento. Cuando hablamos de no exhibición justificada, nos referimos a aquellos supuestos en los que por no estar en posesión del documento o por éste hacer referencia a valor jurídico que podrían verse lesionados, el requerido no puede aportarlo. Es en este caso en el que el Tribunal puede no dar valor probatorio a la copia simple o la descripción del documento aportada por el solicitante. Si se quiere profundizar más en este aspecto, véase DE LA OLIVA, A. & DIEZ-PICAZO, I & VEGAS TORRES, J (2014), *Curso de Derecho Procesal Civil II: Parte especial*, Madrid: Universitaria Ramón Areces, pp. 170-172.

semejantes en objeto, características y efectos al *discovery* americano y que además este incidente tendría cabida en nuestro Derecho en los términos establecidos en el artículo 299.3 LEC que dice “*Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto (...) pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias*”.

Véase así que el procedimiento civil del sistema de *common law* está configurado en dos fases; (i) *Pre-Trial* y (ii) *Trial*. En la primera de ellas es donde se produce el incidente de *discovery*, en el que con la finalidad de perfilar y determinar las posiciones de ambas partes, una solicita a la contraria la realización de una serie de actuaciones (dentro de las cuales se encuentra la “*document production*” o exhibición de documentos) para conseguir la completa fundamentación de sus pretensiones.

3. MECANISMOS BÁSICOS Y FUNCIONAMIENTO DEL DISCOVERY EN ESTADOS UNIDOS.

3.1.- Normativa y funcionamiento básico del *discovery*.

A pesar de que el incidente de *discovery* en el ordenamiento jurídico-procesal americano, tiene como ya se ha comentado, un objeto más amplio, la vertiente en la que nos vamos a centrar: “*document production*” se caracteriza por tener unos elementos semejantes al *disclosure* británico, que son: (i) aportación al proceso de documentos específicos, (ii) identificados por las partes, (iii) relevantes para determinar el fondo de la controversia, (iv) en poder de una de las partes y de imposible acceso para la solicitante.

No obstante, y antes de comenzar la exposición sobre su funcionamiento, cabe señalar que aunque nos centremos en la regulación que la normativa federal realiza sobre esta figura, cada Estado establece disposiciones concretas al respecto²⁴.

El incidente de *discovery* se recoge en el Título V de la *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante, “FRCP”) bajo la denominación “*Disclosures and Discovery*”²⁵ y engloba un total de cinco mecanismos probatorios, es decir, no sólo (i) la exhibición documental (objeto del *disclosure* británico), sino también (ii) las declaraciones testificales, (iii) los interrogatorios escritos, (iv) las inspecciones oculares de objetos y (v) el examen físico y mental de los declarantes. La finalidad de este incidente es preparar el juicio y que cada parte sepa con antelación las pruebas que se van a presentar en dicho acto.

Hay que tener muy en cuenta que salvo en ciertos casos²⁶ cada parte debe proporcionar a la contraria una serie de documentos sin aguardar a que haya una solicitud de *discovery*. A esta actuación se la conoce como *initial disclosure* y está recogida en la *Rule 26.a.1 FRCP*. Estos documentos son:

²⁴ Veamos las referencias de algunos Estados Americanos sobre el incidente de *discovery*; (i) el Estado de Illinois lo recoge en el artículo 10 del 735 ILCS/ *Code of Civil Procedure*, (ii) el Estado de California lo regula en el Capítulo 7, Título VII, Libro III del *Code of Civil Procedure*, en el Estado de Arizona se remiten a él en el artículo 19, del Capítulo 6 del *Courts and Civil Proceedings* y en el Estado de Georgia se hace referencia a él en el Título 24 del *Official Code of Georgia*.

²⁵ El término *disclosure* en la rúbrica del Título ya nos hace pensar en la influencia que ha tenido el *disclosure* británico en el *discovery* americano y que por tanto aunque la finalidad de ambas instituciones sea la misma, al mismo se hacen presente las diferencias que las separan.

²⁶ La Rule 26.a.1.B) FRCP enumera los supuestos en los que el *initial disclosure* está exento de realización, a saber: (i) para acciones de revisión de expedientes administrativos, (ii) en supuestos de caducidad de la acción real que provenga de una norma federal, (iii) petición de *habeas corpus* u otro procedimiento para impugnar una condena penal o sentencias, (iv) acción presentada sin abogado por una persona sujeta a detención o prisión preventiva, (v) acción de ejecución o anulación de una citación o emplazamiento administrativo, (vi) acción realizada por Estados Unidos para recuperar pagos por prestaciones, (vii) acción realizada por Estados Unidos para recaudar de un estudiante el préstamo que le garantizó, (viii) cuando se trata del procedimiento accesorio de un procedimiento en otro tribunal y (ix) acción de ejecución de laudo arbitral.

1. Aquellos que identifiquen a las personas que puedan poseer información relevante para la fundamentación de las pretensiones.
2. Se tiene que poner a disposición de la parte que los requiera, la copia o descripción de todos los documentos inclusive los electrónicamente almacenados (clasificados por categorías y lugares de archivo), los datos y otros bienes tangibles procesalmente relevantes que estén en posesión, custodia o control de la parte requerida y que de igual manera sean relevantes para la elaboración de las alegaciones que estimen convenientes.
3. Un desglose de las partidas que conformen una eventual indemnización por daños, en cuyo caso, se tiene que revelar la información que ha sido utilizada.
4. Se tiene que indicar la existencia de cualquier póliza de seguro suscrita en relación con la controversia.

Excepto en aquellos procedimientos en los que el *initial disclosure* está exento o lo ordene el Tribunal, las partes deben, conforme el artículo 26.f FRCP, reunirse²⁷ tan pronto como sea posible con el fin de (i) considerar la naturaleza y fundamentos de sus pretensiones, (ii) buscar la forma de resolver el conflicto (se facilita así que pueda haber un acuerdo), (iii) debatir sobre la información que pueda ser objeto de *discovery* (“*discoverable information*”), y (iv) proponer y desarrollar un “*discovery plan*”²⁸ en que las partes declaren sus propuestas.

Es en los siguientes 14 días o en el plazo que se haya establecido, cuando las partes²⁹ deben realizar el *initial disclosure*, a menos que alguna haya objetado que no es apropiado para la acción que se va a ejercitar y así lo manifieste en el *discovery plan*. En este caso, es el Tribunal el que decide qué *disclosures* se van a realizar y en qué plazo.

Además de los documentos citados, el mismo precepto establece el deber de cada parte de revelar a las demás la identidad de los testigos que pretende citar el día del

²⁷ Una de las principales finalidades de esta *pretrial conference ex. Rule 16.a)* y b) FRCP, es la de establecer un cierto control sobre el proceso para que no haya dilataciones excesivas y mejorar la calidad del mismo de cara al acto del juicio. Asimismo, al término de esta reunión y siempre que la ley lo permita el Tribunal debe emitir una *scheduling order*, esto es, una orden que establece el límite del plazo de la solicitud y objeto del *discovery*, de la personación de terceras partes en el proceso y la posibilidad de contemplar el incidente de *disclosure* y *discovery* de aquella información almacenada electrónicamente.

²⁸ Haya o no *initial disclosure*, las partes tienen que acordar al término de la reunión un *discovery plan*. En él, se va acordar *ex. Rule 26.f.3* FRCP (i) el plazo y la forma de la solicitud de *discovery*, (ii) los sujetos sobre los que va a recaer, (iii) cuándo se entiende que el incidente va a estar completo, (iv) si éste se va a realizar en varias o en una única fase, (v) si se va a limitar su objeto a unas determinadas materias (*non-privilege matter*), (vi) si existe la posibilidad de aportar información almacenada electrónicamente y (vii) si existe alguna normativa aplicable al caso que limite su práctica o aplicación.

²⁹ En caso de que se adhieran más partes al procedimiento en un momento posterior (celebrada ya la reunión de la Rule 26.f) FRCP), el plazo que tienen para realizar este *initial disclosure* es en los 30 días siguientes a su incorporación.

juicio, especificando si se va a aportar una declaración por escrito³⁰ o no. Los testigos que deben aportar este *written report* son aquellos que tienen la consideración de empleado cuyo uno de sus deberes es el de proporcionar testimonio pericial. Este informe se tiene que aportar en los términos que establezca el Tribunal o en su defecto, al menos 90 días antes de la celebración del juicio, sin perjuicio de que posteriormente se pueda complementar en los términos de la *Rule 26.e* FRCP³¹.

En definitiva, cada parte debe proporcionar a la contraria en el plazo señalado (o al menos 30 días antes del juicio), una serie de datos específicos, tales como el nombre, dirección y teléfono de los testigos (separando los que van a comparecer en la vista de los que podrían ser citados si se necesitaran) y la identificación de cada uno de los documentos. De esta manera, la parte contraria puede, en los 14 días siguientes a su recepción, presentar las objeciones que estime convenientes. Transcurrido dicho plazo sin interponer objeción alguna, se entiende que la parte rechaza esta posibilidad y por tanto no puede ponerla de manifiesto en ningún momento posterior.

Es muy importante señalar que toda solicitud, requerimiento u objeción tiene que estar firmada por al menos un abogado o personalmente por la parte, puesto que la *Rule 26.g.2* FRCP estipula que mientras no se firme, la parte contraria no tiene el deber de realizar alegación alguna.

3.2.- Límites y objeciones del *Discovery*.

Con respecto a las objeciones que se pueden realizar, nos debemos remitir en primer lugar a la *Federal Rule of Evidence* (en adelante, “FRE”).

Esta Ley establece en su artículo 402 la posibilidad de que se admitan todas aquellas pruebas relevantes³² para la resolución del caso; no obstante pueden ser inadmitidas aquellas cuyo valor probatorio se cuestione por haber engañado al jurado, presentado pruebas innecesarias cumulativamente, exista pérdida de tiempo o retraso excesivo de las actuaciones o intento de tergiversar los hechos controvertidos.

Uno de los problemas que tiene el objeto del *discovery* americano al ser tan amplio, es que puede ser solicitado de forma abusiva o desproporcionada (los denominados “*fishing expedition*” o “*document hunting*”). Por ello, una de las formas de

³⁰ Conforme lo dispuesto en el artículo 26.a.2.B) FRCP, la informe escrito de la declaración debe contener: (i) el texto de la declaración íntegro, (ii) los hechos o datos en los que se ha basado el testigo, (iii) cualquier exhibición que haya sido utilizada la basar dicha declaración, (iv) los títulos y cualificaciones del testigo, inclusive una lista de todas las publicaciones autorizadas en los 10 años anteriores, (v) una lista con las referencias de los casos en los que haya testificado en los 4 años anteriores, bien sea en el acto de juicio (*trial*) o mediante *deposition* y (vi) un escrito que declare la compensación que va a recibir por el estudio y testimonio del caso.

³¹ La parte que ha realizado un *disclosure* conforme la *Rule 26.a*) FRCP o haya sido requerido, puede completar dicha solicitud puntualmente (i) si aprecia que está incompleta o incorrecta y no se ha puesto de manifiesto a las demás partes o (ii) cuando así lo ordene el Tribunal.

³² Exactamente este precepto dispone que sólo una prueba relevante puede ser inadmitida cuando así lo establezca (i) la Constitución de Estado Unidos, (ii) una Ley Federal, (iii) la propia *Federal Rule of Evidence* u (iv) otras leyes prevista por la Corte Suprema.

limitarlo es a través de las siguientes objeciones:(i) inexistencia del documento requerido, (ii) no estar en posesión del mismo, (iii) dicho documento tiene el carácter de privilegiado o confidencial, (iv) carece de relevancia o (v) es muy costoso exhibirlo (objeción por economía procesal)³³.

Cuando el motivo de oposición sea el de “inexistencia del documento”, la parte debe acreditar las razones por las cuales llega a dicha conclusión, es decir, tiene que alegar que dicho documento está extraviado, se ha destruido o alterado sustancialmente. Debe manifestar además qué circunstancias han dado lugar a dicha alteración.

Si por el contrario se alega que el documento es (i) confidencial (bien porque lo disponga una Ley, o porque así lo hayan pactado las partes contractualmente), (ii) privilegiado (las comunicaciones del abogado con el cliente o los escritos que hace el abogado sobre el caso: “*attorney-client privilege*” “*attorney work product doctrine*³⁴”) o (iii) que su exhibición conlleva una carga y coste excesivo o desproporcionado, “*undue burden*”, la *Rule 26.b.5. FRCP* establece que el Tribunal será el que decida en virtud de las alegaciones de ambas partes si hay motivos suficientes y relevantes para obligar a dicha parte a exhibir el documento. Si a pesar de que así lo ordene, la parte desobedece puede ser sancionado de conformidad con la *Rule 37 FRCP*.

Otra de las formas que existe para limitar o restringir la práctica del *discovery* es la denominada *protective order*. En contraposición de la *motion to compel*³⁵, esta

³³ A su vez, las objeciones pueden tener carácter general o específico. Veamos un ejemplo de cada una de ellas.

- a) Objeción general: “*Defendant objects to the Request to the extent that they seek any information or any document that is protected from disclosure by the attorney-client privilege, work product doctrine, joint defense or common interest privilege, privacy privilege, self-critical analysis privilege, or by any other applicable doctrine or privilege. In the event of any document production, any inadvertent production of any privileged or protected document will not constitute a waiver of any privilege or protection*”.
- b) Objeción específica: “*Defendant objects to Request No.7 as overbroad and to extent it calls for documents covered by the attorney-client privilege and the attorney-work product doctrine. Subject to and without waiving the foregoing objections, Defendant will produce any responsive, non-privileged documents*”.

³⁴ En este sentido la *Rule 26.b.3 FRCP* establece que no es objeto de *discovery* aquellos documentos que hayan sido preparados con antelación al litigio por la parte contraria o sus representantes (ya sea un asesor, agente, fiador o compañía aseguradora). Sin embargo, sí que pueden ser objeto de *discovery* si cumplen los requisitos de la *Rule 26.b.1 (nonprivileged matter)* y la parte demuestra una gran necesidad para preparar el caso y no puede obtener dicha información por otros medios.

Podríamos entonces preguntarnos ¿qué ocurre con el trabajo y preparación del caso que no ha sido realizada por el propio abogado? La respuesta, en principio, es que no tiene esta protección y por tanto sí puede ser objeto de *discovery*. Véase el caso *InPeople v. Kozlowski*, 11 N.Y.3d 223 (2008), en el que las notas que el director tomó durante un estudio interno que hizo un despacho de abogados fueron objeto de *discovery*.

³⁵ Esta petición se regula en la *Rule 37.a) FRCP* y hace referencia al supuesto en que una parte se niega a responder a una petición de *discovery* y el solicitante no dispone de ningún medio alternativo para conseguir la información que necesita. En este caso, puede acudir al Tribunal y solicitar, mediante una *motion to compel*, que obligue a la parte requerida a exhibir dicha información. Se celebrará una audiencia en la que las partes expondrán detalladamente sus argumentos y al término de la misma será el Tribunal el que decida si emitir una orden solicitando la exhibición o no. En este sentido véase, GUAL

petición se realiza por la parte requerida al tribunal alegando el hostigamiento que sufre por la parte solicitante con peticiones injustificablemente costosas y desproporcionadas.

Conjunto con esta solicitud, se debe aportar *ex. Rule 26.c.1. FRCP*, un escrito que declare que se ha intentado buscar una solución extrajudicial entre las partes afectadas y que por consiguiente la parte solicitante actúa de buena fe. La orden que el Tribunal debe emitir en caso de que considere que se da esta situación, puede:

- a) Prohibir la realización del incidente de *discovery* o *disclosure*
- b) Especificar los términos, incluyendo el plazo y lugar, del *discovery* o *disclosure*.
- c) Indicar un método alternativo al propuesto por la parte solicitante.
- d) Prohibir la averiguación de información relativa a ciertas materias o limitar el alcance del incidente.
- e) Designar las personas que deben estar presentes durante la tramitación del incidente.
- f) Requerir que una declaración se selle y solamente se abra por orden del Tribunal.
- g) Requerir que los secretos comerciales u otras investigaciones, desarrollo o información comercial confidencial no sea revelada o en caso de que lo sea, se realiza de una determinada manera.
- h) Requerir que las partes, de manera simultánea, sellen la información y los documentos específicos en sobres para abrirse directamente ante el Tribunal.

Sin embargo, en caso de que el Tribunal deniegue íntegra o parcialmente la *protective order*, la parte requerida debe exhibir la información solicitada.

En lo referente a los costes producidos por este incidente, la *Rule 37.a.5 FRCP* señala varios supuestos dependiendo de si la solicitud ha sido estimada o no.

3.3. – Otros mecanismos del *Discovery*: *Depositions, interrogatories to parties, subpoenas, inspection and physical and mental examinations*:

Aunque pensemos que el mecanismo más importante del *discovery* es el intercambio de documentación, las denominadas *depositions* juegan un papel fundamental y esto es porque en la práctica normalmente se solicita dicho intercambio para analizar y revisar la información en aras de encontrar sujetos relevantes que puedan ser interrogados.

Las *depositions*, recogidas en la *Rule 27 a 32 FRCP*, pueden solicitarse incluso antes de que el proceso se haya incoado. Si es así, el solicitante debe (i) manifestar su

GRAU, C. (2011), “*Breves apuntes sobre el Discovery*”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* /29-2011, pp. 114-119.

voluntad de ser parte en un procedimiento, (ii) la acción que pretende interponer, (iii) los hechos y materias de la declaración, (iv) los datos de la parte contraria³⁶ y (v) los datos de las personas que van a declarar. Tras esta solicitud, el tribunal deberá celebrar una audiencia y señalar si las declaraciones que se van a realizar van a ser orales o por escrito.

No obstante, durante el procedimiento también se puede solicitar esta declaración, en cuyo caso, el escrito deberá contener los datos de la persona que va a ser interrogada y los motivos por los que se quiere realizar.

Normalmente es un mecanismo que se realiza extrajudicialmente y de forma oral³⁷, es decir, el tribunal no acude a la práctica de las declaraciones, pero ello no conlleva problema alguno, ya que siempre habrá un *court reporter* que se encargue de (i) tomar juramento al declarante, (ii) sellar todos los documentos que se le exhiban y (iii) registrar en soporte audiovisual las declaraciones.

Tal es la relevancia de este mecanismo probatorio, que podemos poner de relieve al menos dos situaciones:

1. Este mecanismo puede realizarse como si de una prueba anticipada se tratara. La práctica de las *depositions* permite a las partes saber con anticipación qué testigos van a acudir al juicio y qué van a decir, pero puede que dicho testigo no pueda acudir al acto de juicio. En este caso, este mecanismo permite que su declaración siendo relevante forme parte de las actuaciones procesales del caso.
2. Puede que la declaración del testigo varíe según la fase procesal en la que estemos. Es por ello por lo que se puede reproducir la *deposition*, de manera que el abogado cuestione el testimonio y la veracidad del testigo y le pregunte “¿Cuándo estaba mintiendo, ahora o en aquel momento?”.

Con respecto a las preguntas, el abogado tiene vía libre, es decir, puede preguntar sobre cualquier cuestión relevante y alterarlas dependiendo de la contestación del declarante. Sólo hay un límite: que las cuestiones no estén sujetas a *privilege*. Sin embargo, a pesar de que es un mecanismo en el que prima la oralidad, puede haber *interrogatories*.

Éste es un mecanismo regulado en la *Rule 33* FRCP consistente en la entrega de una serie de preguntas por escrito³⁸ que la parte contraria personalmente debe contestar bajo juramento y también por escrito en los 30 días siguientes a su recepción.

³⁶ En caso de que la parte contraria sea un menor o incapaz nos debemos remitir a la *Rule 17.c)* FRCP, que establece la obligación de representación. En caso de que no lo esté, el Tribunal debe nombrar a un tutor *ad litem* que proteja sus intereses.

³⁷ Si bien es cierto que prima la oralidad ante la escritura, también hay casos en los que las declaraciones testificales se realizan por escrito (denominándose “*affidavit*”).

³⁸ De conformidad con la *Rule 33.a.1* FRCP en relación con la *Rule 26.b.2.a* del mismo cuerpo legal, el número de preguntas no debe superar las 25, a menos que las partes o el tribunal establezca otro límite.

Además, cabe oposición respecto de una o varias preguntas, es más, la oposición se debe realizar en el plazo mencionado, motivadamente y de manera específica porque si no se entiende que la parte renuncia a este derecho y no va a poder ponerlo de manifiesto en un momento posterior.

Otro mecanismo del *discovery* americano son las denominadas *subpoenas*. Su funcionamiento está regulado en la Rule 45 FRCP y consiste en el requerimiento que el tribunal puede realizar no sólo a las partes sino también a terceros para que comparezcan en juicio y testifiquen o exhiban alguna prueba. Este mecanismo lo analizaremos a continuación, cuando hablemos sobre la solicitud del *discovery* a un tercero ajeno a la controversia.

Asimismo, bajo este incidente se puede solicitar la exhibición de una serie de objetos o documentos para su inspección, copia o examen de autenticidad en los términos de la Rule 34 FRCP.

Por un lado, la solicitud debe (i) describir el objeto o categoría de documento que se debe exhibir, (ii) señalar el día, lugar y la manera en la que se va a llevar a cabo la inspección y (iii) si se trata de información almacenada electrónicamente la forma en la que deben ser presentados. Por otro, la parte requerida debe contestar dentro de los 30 días siguientes lo que estime conveniente, teniendo en cuenta que si se opone, debe razonar los motivos y especificar a qué parte alega dichas objeciones.

Por último, procede mencionar que la Rule 35 FRCP permite al Tribunal ordenar la práctica de un examen físico y/o mental a alguna de las partes (o a las personas que estén bajo su custodia³⁹) cuando su capacidad física o psíquica sea el objeto de la controversia.

Esta orden deberá contar con el conocimiento y la aprobación de todas las partes y de la persona objeto de examen y (ii) determinar el día, lugar, condiciones, alcance del examen y las personas que lo llevarán a cabo.

Una vez realizado el examen, se debe aportar un informe que precise las pruebas realizadas, sus resultados, el diagnóstico y las conclusiones a las que se han llegado. No obstante, hay que tener en cuenta que con dicho informe o con la declaración del examinador, la parte examinada renuncia a todo privilegio que pudiera tener sobre su declaración.

3.4. – Las nuevas tecnologías: *E-Discovery*:

Si bien es sabido por todos, debido al rápido avance de las nuevas tecnologías, la inmensa mayoría de los documentos se encuentran en soporte digital. Estados Unidos es uno de los estados pioneros en implantar la e-justicia y un claro ejemplo de ello es el *electronic discovery*.

³⁹ Nos volvemos a remitir a la Rule 17.c FRCP. En este sentido, será el Tribunal quien ordene al representante legal que examine al menor o incapaz sobre su capacidad física o mental y en caso de que no esté debidamente representado, se le nombrará un tutor *ad litem*.

A lo largo de todo el articulado de la FRCP y en particular del Título V, se hace referencia al tratamiento de la información almacenada electrónicamente. En primer lugar, la *Rule 5.d.3 FRCP* bajo la rúbrica “*Electronic Filing, Signing, or Verification*” permite al tribunal aceptar aquellos documentos que se presenten y hayan sido firmados o verificados por medios electrónicos, siempre que sigan los estándares establecidos por la *Judicial Conference of the United States*.

Si trasladamos esta posibilidad al incidente de *discovery*, podríamos decir que se trata de un proceso de identificación, recopilación, depósito y exhibición de documentos electrónicos cuya finalidad es la preparación de un juicio y su aportación al mismo como prueba.

Pero ¿qué se entiende por documentos electrónicos? Podemos decir que son todos aquellos que estén en soporte digital y puedan encontrarse archivados en los discos duros del ordenador, correos electrónicos (conjunto sus documentos adjuntos), archivos de audio, programas de computación, sistemas informáticos de empresas, bases de datos...

Asimismo, son todos los almacenados en una página web e incluso son objeto de *e-discovery* las denominadas “*raw data*” y “*metadata*”, esto es, toda aquella información relevante escondida que los investigadores pueden descubrir.

Con respecto a los problemas que puede implicar este sistema, podemos señalar el posible abuso que se hace de esta figura o la existencia de empresas cuyo sistema informático no es lo suficientemente sofisticado y eficaz para mantener comunicaciones o compartir información entre la parte contraria y el tribunal si se ve envuelta en una controversia⁴⁰.

Con este fin se creó el *Electronic Discovery Reference Model* (en adelante, “EDRM”), consistente en desarrollar estándares y normas para sus consumidores, que como supondrá, normalmente son despachos de abogados. Para ello, el *e-discovery* se divide en varias fases: (i) *information management*, (ii) *identification*, (iii) *preservation and collection*, (iv) *processing*, (v) *hard copy documents*, (vi) *review*, (vii) *production* and (viii) *presentation*⁴¹.

Con respecto al Título V FRCP, el *e-discovery* está plenamente integrado. Cuando hablamos de *initial disclosure* o solicitud de exhibición de documentos se declara expresamente que también se tienen que aportar y proporcionar a la parte contraria aquellos cuyo soporte sea electrónico. Las fases serían las siguientes:

1. Los abogados son los encargados de identificar la información relevante para el caso de la proporcionada por la parte contraria.

⁴⁰ Procede mencionar que son bastantes los Estados que han implantado un sistema informático eficaz en sus tribunales y han adoptado reglas sobre *e-discovery*. Algunos de ellos son: Alaska, Arizona, California, Colorado, Florida, Illinois, Michigan, Missouri, Nevada, New York, Carolina, Texas, Utah y Virginia.

⁴¹ Estas fases se han extraído del organigrama de referencia de la página web de EDRM.

2. Ambas parte acuerdan los límites y el alcance del *e-discovery* (se excluyen por ejemplo aquellos documentos electrónicamente almacenados que sean confidenciales y/o privilegiados).
3. Una vez localizados los documentos relevantes objeto de prueba, se extraen y analizan, ya en formato pdf y se ponen a disposición del tribunal.

Lo mismo ocurre con la solicitud de documentos para su inspección y/o examen de veracidad. No obstante, la Rule 34.b.2.e FRCP declara expresamente que el almacenamiento de la información y de los documentos se debe realizar como de costumbre, es decir, que haya un proceso *e-discovery* no significa *per se* que tenga que haber una alteración en la manera de procesamiento y archivo, sino todo lo contrario, tiene que mantener la forma en la que los produce.

De esta manera y por todo lo expuesto, podemos apreciar la relevancia tanto de los diferentes mecanismos que conforman el objeto del *discovery* americano, como la importancia de las nuevas tecnologías, que convirtiéndose poco a poco en el protagonista, están cambiando y completando la regulación de este incidente probatorio.

4. TERCEROS COMO RECEPTORES DE UNA PETICIÓN DE *DISCOVERY*.

4.1.- Terceros como sujetos de una petición de *discovery*:

Hasta ahora hemos visto los derechos y obligaciones que tienen las partes a la hora de exhibir una determinada información, realizar declaraciones, aportar documentos para su inspección..., etc. En definitiva, se trata de un deber *inter partes*⁴² e inherente a su condición que proviene del contrato que en su día suscribieron, pero... ¿qué ocurre cuando son terceros ajenos a la controversia los que poseen la información requerida? ¿Puede ser éste sujeto de un incidente de *discovery*?

En primer lugar podemos pensar que no se puede extender a las denominadas *non-parties*, a pesar de que tengan en su poder o conozcan información relevante. Y esto es porque la mayoría de las normas arbitrales así lo establecen⁴³. No obstante, existen ciertas leyes⁴⁴ que permiten a un tribunal ordenar la práctica de un *discovery* con respecto a un tercero.

Una de ellas es la *Federal Arbitration Act*⁴⁵ (en adelante, "FAA"), que trata sobre esta cuestión en su artículo 7. Dicho precepto nos dice que los árbitros pueden citar por escrito a "cualquier persona" como testigo para que asista ante ellos⁴⁶ (o ante

⁴² Teniendo en cuenta que el convenio arbitral es un contrato que emana de la voluntad de las partes, los efectos que se produzcan sólo vincularán, *ex. art.* 1257 CC, a las personas que lo otorgaron y a sus herederos, salvo que el mismo contenga alguna estipulación a favor de un tercero.

⁴³ Algunas de estas normas se pueden encontrar en: (i) art. 25.5 del Reglamento de la ICC, (ii) art. 22.1.v) del Reglamento del LCIA o (iii) art. 27.3 del Reglamento de UNCITRAL.

⁴⁴ Aunque este estudio se centre en la regulación que hace Estados Unidos, cabe decir que si nos remitimos al Derecho Comparado existen numerosos Estados que contemplan en mayor o menor medida la posibilidad de que un tercero sea el sujeto de un incidente de *discovery*. A saber: (i) art. 43 *English Arbitration Act* 1996, (ii) art. 184 *Swiss Federal Statute on Private International Law* y (iii) art. 1467.2 y 1506.3 *Code de Procédure Civile Français*. Asimismo, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, que expondremos más adelante, hace referencia a este aspecto en su artículo 3.9.

⁴⁵ La FAA, recogida en el Título 9 U.S.C., se dictó en 1929 con el fin de eliminar la hostilidad que los órganos jurisdiccionales sentían hacia el arbitraje, y por consiguiente, establecer la misma eficacia a aquellos contratos con cláusula arbitral. Esta Ley está estructurada en tres capítulos: (i) Disposiciones generales (§1-16), (ii) Cumplimiento de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros. (§ 201-208), ratificado por Estados Unidos el día 30 de septiembre de 1970 y entró en vigor el 29 de diciembre del mismo año y (iii) Cumplimiento de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (§ 301-307).

⁴⁶ Que el precepto emplee el término "ante ellos" cuando declara: "*The arbitrators selected (...) may summon in writing any person to attend before them*", ha supuesto una gran división entre los tribunales americanos. Por un lado, hay quienes sostienen que el §7 permite al tribunal arbitral ordenar la práctica de *discovery* a un tercero en un momento antes del juicio (*pre-hearing*), no obstante hay quienes afirman que el tercero requerido sólo podrá comparecer ante el Tribunal en el acto del juicio y nunca antes. En este sentido y para profundizar más sobre las posturas que adoptan los diferentes tribunales americanos, véase SALOMON, C.T & FRIEDRICH, S (2013), "Obtaining and submitting evidence in International Arbitration in the United States", en *The American Review of International Arbitration*, 2013/Vol.24 No.4, pp. 578-583.

alguno de sus miembros en caso de estar ante Tribunal Arbitral) en aras de que presente algún documento o testimonio que tenga la consideración de prueba en el caso.

Además, declara que dicha citación debe realizarse del mismo modo como si de una citación judicial se tratara⁴⁷. Por ello, en ella debe constar el nombre de los árbitros, los datos de las personas a quienes van dirigidas e ir firmada por cada uno de ellos.

En caso de que se niegue y no obedezca a dicho requerimiento, el árbitro deberá pedir auxilio judicial a los órganos competentes (en este caso a los *District Courts*) para que nuevamente requieran a dicha persona y lo obliguen a comparecer en el procedimiento arbitral si no quiere que se le sancione por desacato⁴⁸.

De igual manera, el ordenamiento jurídico americano hace referencia a este asunto en el §1209.31 del *Code of Federal Regulations*⁴⁹ (en adelante, “CFR”). Este precepto permite que una de las partes solicite la emisión de una citación de *discovery* documental a cualquier persona. Para ello, tiene que realizar una breve declaración sobre los hechos y fundamentos que permitan demostrar la relevancia del documento, en caso contrario, *ex. § 1209.29.b*) CFR, si la solicitud tiene un alcance excesivo, conlleva una carga o costes indebidos o no está suficientemente motivada, no se emitirá.

Por su parte, la persona requerida puede oponerse y alegar alguna de las objeciones del § 1209.30 CFR, en cuyo caso, la parte solicitante tendrá 10 días para alegar lo que estime conveniente. En este caso, hay que tener en cuenta que dicha oposición no suspende el procedimiento, como bien se estipula en §1209.31.(b).(4) CFR. Sin embargo, si decide contestar a la citación y exhibir el documento o documentos solicitados, debe concretar el plazo, lugar y la manera en la que se va a realizar.

La tercera norma estadounidense que versa sobre la posibilidad de que un tercero sea sujeto de un *discovery* se recoge en la *Rule 45 FRCP*. Ella nos dice que el Tribunal que está conociendo de la controversia es el competente para ordenar la comparecencia del tercero y que la *subpoena*⁵⁰ debe señalar (i) el Tribunal que la emite,

⁴⁷ Como se puede apreciar el apoyo judicial también es relevante cuando se pretende citar a un tercero ajeno a la controversia. En este sentido, véase SALOMON, C.T & FRIEDRICH, S (2013), “Obtaining and submitting evidence in International Arbitration in the United States”, en *The American Review of International Arbitration*, 2013/Vol.24 No.4, pp. 586-590 y BORN, GARY.B. (2009): *International Commercial Arbitration*.Vol.II, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Bussiness, pp. 1929-1933.

⁴⁸ Al igual que la citación, la sanción se calculará y se impondrá en los mismos términos como si de un testigo que no quiere comparecer ante los tribunales estadounidenses se tratara.

⁴⁹ En el *Code of Federal Regulations* se codifican las normas generales y de carácter permanente publicadas en el Registro Federal por los departamentos y agencias del gobierno federal. Está dividido en 50 títulos que representan las materias que están sujetas a regulación federal. En concreto, en el Capítulo12 del Título XII bajo la rúbrica “*Banks and Banking*”, se encuentra la regulación concerniente al *discovery* (§ 1209.29), a la solicitud de documentos a las partes (§ 1209.30) y como se ha mencionado a la citación de terceros para la exhibición de documentos (§ 1209.31).

⁵⁰ El proceso de emisión de esta *subpoena* se recoge en la *Rule 45.a.3 FRCP* y nos dice que es el secretario judicial el que entrega un modelo de citación en blanco para que la parte que solicita el requerimiento la complete. Además, la *Rule 45.d FRCP* advierte que la citación debe ocasionarle al tercero el menor coste y gasto posible, por tanto si la parte que emite el requerimiento provoca gastos

(ii) la acción que se ejercita y (iii) la actuación a realizar por la persona requerida en el tiempo y lugar señalados, siempre teniendo en cuenta que si debe exhibir algún documento específico o aportar información electrónicamente almacenada debe estar en su posesión o custodia⁵¹.

En caso de que la citación ordene la asistencia del tercero para que preste declaración, se tiene que especificar el método que se va a utilizar para grabar y garantizar la eficacia del testimonio. Si por el contrario, se trata de exhibir algún documento o información almacenada electrónicamente ya sea para su aportación al proceso o para su inspección por las partes, la *Rule 45.a.1.C FRCP* señala que la *subpoena* debe determinar el modo en el que se deben exhibir⁵², pero además manifestar en qué momento dicha persona debe comparecer, esto es, mediante declaración, en una audiencia, en el acto del juicio...etc.

Cuestión interesante es la del lugar de cumplimiento. La *Rule 45.b y c FRCP* indica que, a menos que tenga que cumplirse en el extranjero, en cuyo caso, como veremos a continuación nos debemos remitir al 28 USC §1783, la citación se puede llevar a cabo en cualquier lugar de los Estados Unidos, teniendo en cuenta que la persona requerida debe prestar declaración o exhibir la documentación solicitada:

- En un lugar que no exceda de 100 millas de donde reside, trabaja o realiza negocios en persona.
- Dentro del Estado donde reside, trabaja o realiza negocios en persona si es directivo o el hecho de asistir ante el tribunal no conlleve gastos excesivos.

Con respecto a la necesidad de comparecer ante el tribunal, el apartado d) de la *Rule 45* señala que sólo es necesario cuando la persona requerida tenga que prestar declaración, acudir a una audiencia o al acto del juicio, pero no cuando sólo deba aportar y/o exhibir una determinada documentación.

No obstante, cabe decir que una vez emitida la *subpoena*, puede modificarse en los términos y motivos de la *Rule 45.d.3 FRCP*, que son: (i) tiempo insuficiente para cumplir, (ii) se sobrepasan los límites geográficos en *Rule 45.c FRCP*, ya mencionados, (iii) la documentación solicitada tiene carácter confidencial o está sujeta a *privilege* y no existe renuncia sobre ella y (iv) la citación ocasiona gastos excesivos para el tercero⁵³.

indebidos, el tribunal puede imponerles una sanción (pérdida de ingresos u honorarios del abogado). Por último, nos dice que cada parte debe ser avisada y tener una copia de la citación si la misma versa sobre la exhibición e inspección de documentos en un momento anterior al juicio.

⁵¹ La *Rule 45.a.1.D FRCP* declara expresamente el deber intrínseco que tiene el tercero cuando exhibe algún documento o información electrónicamente almacenada, que no es sino el de permitir su inspección por las partes y árbitros. Este precepto dice así: “*A command in a subpoena (...) requires the responding person to permit inspection, copying, testing, or sampling of the materials.*”

⁵² En caso de que no se diga, la *Rule 45.e.1.B FRCP* señala que se debe exhibir en la forma en la que normalmente está almacenada, siguiendo “*the ordinary course of business*”.

⁵³ Si por alguna razón la citación no se modifica y se tiene que llevar a cabo en la forma emitida a pesar de existir alguna de las causas descritas, la *Rule 45.d.3.C FRCP* declara que el tribunal debe acordar la compensación del tercero.

Finalmente, la persona requerida puede actuar de varias formas. A pesar del deber de responder consagrado en la *Rule 45.e* FRCP puede oponerse por escrito en los 14 días siguientes a la emisión de la citación. No obstante, lo más normal es que si hay algún impedimento y no pueda llevarse a cabo la *subpoena*, explique cuál es y los motivos por los cuales no puede cumplir la citación.

De conformidad con el apartado 1. A de la *Rule 45.c* FRCP, la documentación solicitada se debe exhibir en los términos en los que normalmente está almacenada, teniendo en cuenta que no será necesaria la exhibición de información electrónicamente almacenada si alguna de las partes señala que se trata de una fuente de difícil acceso que conllevaría un coste excesivo.

Si por el contrario, de entre la documentación requerida existen documentos sujetos a *privilege* o gozan de protección (*trial-preparation material*), la *Rule 45.e.2* FRCP nos dice que se deben alegar los motivos por los cuales no se puede exhibir, eso sí, sin revelar información confidencial, pero de tal manera que permita a las partes entender y acoger las alegaciones del tercero.

4.2.- Prueba en el extranjero: 28 USC §1782 y §1783.

Cuestión diferente pero relacionada es la que nos planteamos cuando la prueba que se pretende realizar está en otro Estado, es decir, ¿Qué podemos hacer cuándo el procedimiento arbitral se sigue en España pero la prueba que necesitamos se encuentra en Estados Unidos? ¿y viceversa? ¿y cuándo el procedimiento arbitral se sigue en Estados Unidos y se necesita citar a un tercero que reside en otro país?

En ambos casos nos debemos remitir al Título 28 USC. Dicho título tiene por rúbrica “*Judiciary and judicial procedure*” y nos habla en §1782 y §1783 sobre la asistencia de los tribunales estadounidenses en apoyo de un tribunal extranjero e internacional y de la citación que se hace frente a una persona que reside fuera de los Estados Unidos⁵⁴.

Con respecto a este último, §1783 señala que un tribunal estadounidense puede requerir la presencia como testigo de cualquier nacional o residente que resida fuera de los Estados Unidos para que comparezca ante el tribunal o exhiba la documentación solicitada. Para ello, se debe demostrar que su testimonio o los documentos que tiene en su poder son (i) necesarios y relevantes para el caso y (ii) no se pueden obtener de ninguna otra manera.

Esta citación como hemos señalado anteriormente debe determinar el plazo y lugar en el que se tiene que realizar la acción requerida, a sabiendas de que si el tercero

⁵⁴ Como se puede apreciar, en sede arbitral para llevar a cabo las actuaciones referidas en estos preceptos es necesario el apoyo judicial por parte de los tribunales ordinarios estadounidenses.

tiene que desplazarse del país en el que reside a Estados Unidos los gastos en los que incurra deberán ser abonados por la parte que solicita la *subpoena*⁵⁵.

Situación distinta es la que se contempla en §1782⁵⁶. Es evidente que las relaciones comerciales se han internacionalizado, dando cabida a relaciones jurídicas que traspasan fronteras. Sin embargo el Derecho y la soberanía estatal son territoriales, de manera que antes de ver cómo puede un Estado practicar determinadas pruebas en otro, tenemos que preguntarnos si tiene la potestad para hacerlo, ya que un procedimiento en principio siempre está sujeto a la *lex fori processus*.

El ordenamiento jurídico español es claro en este sentido. El artículo 3 LEC señala que los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas, a menos que existan excepciones en los Tratados y Convenios internacionales ratificados⁵⁷. No obstante, el derecho fundamental a la prueba consagrado en el artículo 24 CE también hace referencia la prueba internacional, así que siempre que la prueba sea útil y pertinente estará amparada por el artículo 24 CE aún cuando se tenga que realizar en el extranjero.

Es así como llegamos a la explicación del §1782. Éste permite a las partes de un proceso extranjero solicitar de un tribunal estadounidense la práctica de *discovery* en su vertiente de exhibición documental o declaración de aquellas personas residentes en Estados Unidos.

⁵⁵ Este precepto señala que será el Tribunal el que determine el importe que deberá abonar la parte solicitante al tercero atendiendo a los gastos que pueda conllevar el viaje y su asistencia.

⁵⁶ El § 1782 28 USC ha tenido un largo recorrido jurisprudencial hasta llegar a tener hoy día la relevancia que posee. Gonzalo Stampa expone que los tribunales americanos han ido desarrollando la interpretación de este precepto pudiendo clasificarla en cuatro etapas diferentes, a saber: (i) Primera Etapa: el planteamiento de la cuestión (1994-1998), (ii) Segunda Etapa: hacia la doctrina Intel (1999-2004), (iii) Tercera Etapa: la consolidación de la jurisprudencia funcionalista (2006-2008) y (iv) Cuarta Etapa: indefinición y retroceso (desde 2009). Para profundizar sobre estas cuatro etapas, véase STAMPA, G. (2011), *Discovery Arbitral*, Madrid: Colex, pp. 61-79.

Asimismo, los tribunales estadounidenses han tenido varias disputas con respecto al ámbito de aplicación. Así, podemos señalar que no había unanimidad en aplicar este precepto a las peticiones que provenían de arbitrajes internacionales privados hasta que la *Supreme Court of the United States* conoció del caso *Intel Corp. V. Advanced Micro Devices, Inc.* en 2004. Si se quiere saber más sobre la historia de § 1782 y su evolución debido al caso Intel, véase HAMILTON, C.A (2008), “What U.S.C 1782 means for International Commercial Arbitrations in Spain”, en *Spain Arbitration Review* n° 3/2008, pp.26-31.

⁵⁷ No siendo objeto de este estudio, existen varios instrumentos que favorecen el apoyo entre tribunales jurisdiccionales de diferentes países. Podemos citar así, (i) el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil o (ii) el Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil o mercantil. Para profundizar más en este ámbito normativo, véase VIRGÓS SORIANO, M. & GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J. (2ª Ed.), *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Pamplona: Thomson-Civitas, pp. 482-514.

De esta manera, este precepto no es sino un mecanismo de *discovery* utilizado por las partes de un proceso que se sigue ante un tribunal extranjero con respecto a documentos o testimonios de personas que se encuentran en territorio estadounidense.

La orden debe emitirse bien por el tribunal extranjero o internacional, bien por cualquier persona que presente un interés legítimo siendo el tribunal *ad quem* el *district court* del lugar donde resida la persona que debe declarar o exhibir el documento requerido.

En dicha orden deberá constar (i) la documentación específica que se solicita, (ii) los datos de la persona a la que va dirigida (iii) el nombre de la persona ante la cual se debe prestar la declaración o exhibir la información y (iv) los cauces a seguir para garantizar su efectividad, sabiendo que si no se estipula nada al respecto, se deberán seguir actuar conforme lo establecido en la FRCP.

Por último, cabe decir que la persona requerida tiene la obligación de comparecer o exhibir la documentación solicitada, salvo que exista confidencialidad o *privilege* sobre ellos.

Como hemos ido viendo a lo largo de este punto, a pesar de que el convenio arbitral vincule en principio únicamente a las partes, es posible que un tercero ajeno a la controversia se vea envuelto en el proceso, y esto es porque su testimonio o la información que posee son relevantes y fundamentales para la buena prosecución del proceso.

No obstante lo anterior, tenemos que tener en cuenta que:

- Si el procedimiento arbitral se desarrolla en España y la prueba a practicar se encuentra en otro Estado, lo primero que debe hacer el árbitro o Tribunal Arbitral es analizar si puede directamente acudir al tribunal extranjero (será así cuando lo establezca la *lex fori*). En caso de que no pueda debe, conforme el art. 8.1 LA, pedir auxilio judicial al juez de Primera Instancia competente.

Éste es el que a su vez solicitará el auxilio judicial internacional⁵⁸ al tribunal del Estado correspondiente amparándose en (i) el Reglamento el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil o (ii) el Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil o mercantil.

⁵⁸ Podemos encontrar la exposición de estos instrumentos y el proceso a seguir por los Tribunales a la hora de ejercitar el auxilio judicial internacional en: PALERMO, G. & GUAIA, I. (2014), “Asistencia de jueces extranjeros en la práctica de la prueba en el arbitraje internacional”, en *Spain Arbitration Review* nº 20/2014, pp.109-127.

- Si por el contrario, el proceso arbitral se desarrolla en el extranjero y la prueba a practicar se encuentra en España, no cabe que el árbitro o las partes soliciten directamente al órgano competente español la práctica de la prueba, puesto que no lo permite nuestro ordenamiento. De manera que la única forma sería acudir al auxilio judicial internacional a través de los instrumentos que acabamos de señalar.

5. EL DISCOVERY EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como bien analizamos al principio de este estudio, la internacionalización de las relaciones jurídicas ha conllevado que ambas culturas jurídicas estén más unidas que nunca. Decíamos que debido a esta internacionalización una empresa perteneciente al sistema jurídico del *civil law* puede negociar y suscribir contratos con una compañía creada y sometida a las reglas y principios del *common law*.

Desde la segunda mitad del siglo XX y gracias a la armonización de instrumentos jurídicos que dotan al arbitraje de idénticas garantías fundamentales como si de un proceso judicial se tratase, su práctica se ha ido consolidando no sólo a nivel nacional sino globalmente. Así, veremos en este punto la regulación del *discovery*, como parte integrante del procedimiento arbitral, en (i) los Tratados Internacionales, (ii) Organismos Multilaterales, (iii) Reglamentos arbitrales y (iv) Reglas de la IBA.

5.1- El *discovery* en los Tratados Internacionales.

Si bien es cierto que el arbitraje comercial internacional está recogido en numerosos Tratados Internacionales⁵⁹, sólo la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965 (en adelante, “Convenio de Washington”) hace mención a la institución probatoria del *discovery* arbitral en su art. 43, que dice:

“Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá si lo estima necesario:

a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba.

b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.”

Como bien se desprende de este precepto, el Tribunal siempre que lo considere podrá recabar más información de la ya aportada por las partes solicitándoles la exhibición de algún documento, declaración u otro medio probatorio.

⁵⁹ La regulación de cuestiones arbitrales en los diferentes textos bilaterales o multilaterales han propiciado la armonización y homogeneidad en el marco normativo del arbitraje. Así, podemos citar (i) el Convenio de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, (ii) el Convenio de Ginebra de 1961, sobre el arbitraje comercial internacional o (iii) el Convenio de Washington de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Tampoco debemos olvidar el Protocolo de Ginebra de 1927, relativo a las cláusulas arbitrales o la Convención de Ginebra de 1927, para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ambos ya derogados.

Por último, también cabe citar los siguientes tratados, aunque tengan un ámbito de aplicación más limitado: (i) Convenio de Moscú de 26 de mayo de 1972, (ii) Convención de Panamá de 30 de enero de 1975 y (iii) Convención de Montevideo de 8 de mayo de 1979.

La esencia de este artículo se ha plasmado a su vez en el artículo 34.2 y 34.3 del Reglamento de Arbitraje del *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (también conocido como CIADI) cuando dispone que el Tribunal “*podrá si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento: (a) requerir a las partes que presenten documentos*”, añadiendo que las partes deben en todo caso “*cooperar con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo (2)*”.

5.2.- El *discovery* arbitral en organismos multilaterales: UNIDROIT y UNCITRAL.

La finalidad que persigue UNIDROIT es precisamente la armonización y unificación del Derecho Privado. De toda la actividad que este organismo ha realizado, nos debemos remitir a los Principios del Proceso Civil Transnacional de 2004 (en adelante, “Principios UNIDROIT/ALI”) para conocer la regulación que hace del *discovery*.

En particular tenemos que acudir a los Principios 11 y 16. El primero de ellos versa sobre la relación que tanto las partes como sus respectivos abogados deben tener con el tribunal y la parte contraria. Declara que deben actuar de buena fe en aras de promover una justa, eficaz y rápida resolución del proceso.

Para ello deben presentar en la fase inicial (i) los hechos relevantes, (ii) sus argumentos jurídicos, (iii) la reparación pretendida, y (iv) una descripción detallada de las diferentes pruebas sobre las que fundamentar sus pretensiones. No obstante, en caso de que se alegue la imposibilidad de aportar algún detalle sobre los hechos relevantes o especificación suficiente de la prueba, el Tribunal será el que decida si se procede o no desarrollar en un momento posterior dichas pruebas.

Por otro lado, el Principio 16 regula las pautas de obtención de información litigiosa y de prueba. Se expone así, que tanto el tribunal como cada una de las partes debe tener acceso a todas aquellas pruebas que sean relevantes y no confidenciales, a saber: (i) declaraciones de las partes y de los testigos, en cuyo caso el abogado puede efectuar una “entrevista voluntaria” para determinar si se trata de un potencial testigo, (ii) dictámenes de peritos, (iii) documentos y (iv) pruebas provenientes de la inspección de bienes o del examen físico o mental de una persona.

Este deber de acceso se complementa con el deber de exhibición que tiene la persona requerida, ya sea una de las partes o un tercero ajeno a la controversia. Para ello hay que tener en cuenta que la prueba debe estar bajo el control, custodia o posesión de esta persona y demostrar que no se puede obtener por ningún otro medio por la parte solicitante.

Por lo que respecta a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “UNCITRAL”, por sus siglas en inglés), cabe

alegar su labor en la preparación de varias reglas arbitrales⁶⁰ con el fin de promover y facilitar la aceptación y desarrollo del arbitraje como un sistema fiable. De estas reglas cabe destacar (i) el Reglamento UNCITRAL y (ii) la Ley Modelo.

Este Reglamento, que se aplicará cuando así lo determinen las partes, declara en su artículo 20.4 y 21.2 que conjunto al escrito de demanda y contestación a la demanda, las partes deben aportar todos los documentos y otras pruebas en que se funden sus respectivas pretensiones o al menos una referencia y descripción de los mismos.

Una vez presentados, el árbitro o Tribunal arbitral, *ex. art.* 24, puede exigir la práctica del *discovery* requiriendo a las partes para que presenten otros escritos, a su juicio relevantes y pertinentes, en cuyo caso fijará el plazo en el que se deben aportar.

Como vemos, la regla general es que cada una de las partes debe presentar sus respectivos medios de prueba, sin perjuicio de que el tribunal en busca de la verdad material, considere que deben aportarse otra serie de documentos.

Por lo que respecta a la Ley Modelo, procede señalar que es un texto legal que no se impone, sino que se recomienda a los Estados para que lo incorporen a su ordenamiento interno en aras de que exista uniformidad en la materia⁶¹.

En el supuesto del arbitraje comercial, la Ley Modelo ha tenido una gran acogida, puesto que la han adoptado no sólo Estados pertenecientes al *common law*, sino también aquellos cuyos ordenamientos jurídicos pertenecen al sistema de *civil law*⁶² y Estados de Derecho Islámico.

Si bien es cierto que la Ley dispone, al igual que el Reglamento, que las partes deben aportar conjunto sus respectivos escritos los medios de prueba de los que vayan a valerse, incide en limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional en su art. 27⁶³.

Como veremos a continuación, el mecanismo probatorio de *discovery* no sólo se ha implantado en Tratados Internacionales, Reglamentos arbitrales o de organizaciones

⁶⁰ A parte del Reglamento UNCITRAL y de la Ley Modelo, cabe citar la aprobación de las “Notas sobre organización del proceso arbitral” de 1996. La finalidad de estas Notas era facilitar la administración de todo procedimiento arbitral, fuera *ad hoc* o institucional. Para ello, se analizaron diversas cuestiones dentro de las cuales se destaca el régimen probatorio por ser el objeto de este estudio. Estas cuestiones versaban sobre (i) el plazo de presentación de las pruebas, (ii) las consecuencias de su presentación tardía o (iii) la posibilidad del árbitro de requerir pruebas adicionales no aportadas por las partes.

⁶¹ La elaboración de esta Ley Modelo se puede clasificar en tres fases. En primer lugar se debe seleccionar la materia sobre la que se va a realizar la Ley, después se prepara un estudio y se analizan las leyes existentes para saber la situación actual y los problemas que se plantean y finalmente se elabora el articulado por una comisión o grupo de trabajo formado por juristas de diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos.

⁶² Adoptando el texto de la Ley Modelo, España aprobó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁶³ El art. 27 dice así: El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

multilaterales. Las Organizaciones privadas⁶⁴, como el Centro Internacional para Arbitraje y Mediación de CIArb, ha recogido también este incidente a través del *Protocol for e-disclosure in arbitration*.

Este Protocolo, articulado en 14 principios, se centra en el *electronic discovery*. Sus disposiciones hacen referencia a (i) los criterios que deben regir la solicitud tanto para su elaboración como para su aceptación por el tribunal (art. 4 a 7), (ii) los métodos en los que se debe almacenar la información para su posterior exhibición (art. 8 y 9) y (iii) los costes en los que se puede incurrir, intentando siempre evitar los que sean innecesarios (art. 10 a 14).

5.3.- El *discovery* en las Reglas de la IBA:

Lo que pretende la International Bar Association (en adelante, IBA) con las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de 2010⁶⁵ es propiciar un procedimiento eficiente, económico y equitativo a través de mecanismos específicos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que las mismas se practican. Más no debemos olvidar que están diseñadas para complementar las disposiciones legales y reglas institucionales, ad hoc u otras que se apliquen al desarrollo del arbitraje.

Centrándonos en la presentación de documentos, por ser el objeto de este estudio, nos preguntamos ¿Qué es un documento? Las Reglas lo definen como aquel “*escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya constan en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio.*”⁶⁶. Como se puede apreciar, este concepto se adapta perfectamente a las nuevas tecnologías anticipando el uso del ya mencionado *discovery* arbitral electrónico.

Para que estas Reglas sean de aplicación al procedimiento arbitral, las partes deben expresarlo y ponerlo de manifiesto ya sea en el convenio arbitral⁶⁷, al inicio del arbitraje o en cualquier momento posterior, sin perjuicio de que una vez adoptadas puedan modificarse. Asimismo, las partes también tiene la posibilidad de someterse

⁶⁴ Para conocer más organizaciones privadas y su regulación con respecto al *discovery* arbitral, véase STAMPA, G. (2011), *Discovery Arbitral*, Madrid: Colex, pp. 107-110.

⁶⁵ Estas Reglas reemplazan a las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de 1999, que a su vez derogaron a las Reglas Suplementarias de la IBA que Regulan la Presentación y Recepción de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de 1983.

⁶⁶ Esta definición se ha ampliado con respecto a la que daba las Reglas de la IBA de 1999, que lo definían como “*un escrito de cualquier clase, archivado en papel, en medios electrónicos o en grabaciones audiovisuales o en cualquier otro soporte mecánico o electrónico que permita el almacenamiento o la grabación de información.*”

⁶⁷ A diferencia de las Reglas de la IBA 1999, las de 2010 incorpora una cláusula tipo que dice así:

“*[Además de las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas elegidas por las partes], las partes acuerdan que el arbitraje se desarrollará conforme las Reglas de la IBA sobre Prueba que se encuentran vigentes a la fecha de [este acuerdo/ el inicio del arbitraje]*”

únicamente a una parte de estas Reglas o usarlas como guía para el desarrollo de sus propios procedimientos.

Como bien estipula el art. 2, el Tribunal arbitral debe consultar a las partes tan pronto como sea procedimentalmente posible para que se pongan de acuerdo sobre (i) el ámbito de la prueba, (ii) el tiempo y la forma en que se va a practicar, (iii) los requisitos, procedimiento a seguir y formato aplicables a la exhibición y (iv) el grado de confidencialidad que se quiere otorgar a la prueba.

Asimismo, se establece tres categorías de documentos:

- 1.- Aquellos que posean las partes y que aporten al procedimiento arbitral a través de sus respectivos escritos.
- 2.- Aquellos poseídos por una de las partes y que el Tribunal considere esencial para enjuiciar la controversia.
- 3.- Aquellos que solicite alguna de las partes alegando la imposibilidad de acceder a ellos por estar en posesión de la parte contraria o un tercero y no tener su autorización para disponer de los mismos.

Con respecto al funcionamiento del *discovery* arbitral, el art. 3, dispone que siempre dentro del plazo que el Tribunal disponga, cualquiera de las partes podrá presentar una solicitud de exhibición de documentos que deberá contener (i) una descripción de cada documento para así poder identificarlo, (ii) una descripción de la categoría⁶⁸ a la que pertenece⁶⁹, (iii) una declaración de por qué dichos documentos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (iv) una declaración de que los documentos solicitados no están en poder de la parte solicitante y (v) una declaración sobre las razones por las cuales se supone que los documentos están en poder o custodia de la otra parte o tercero.

La parte requerida tiene la obligación de exhibir todos los documentos que tenga en su poder, bajo su custodia o control, a menos que acredite el incumplimiento de alguno de los requisitos descritos o presente alguna de las objeciones reguladas en el art. 9.2, a saber: (i) falta de relevancia suficiente o utilidad para resolver el caso, (ii) existencia de algún impedimento legal o documento sujeto a *privilege*, (iii) la práctica de la prueba conlleva una carga excesiva, (iv) pérdida o destrucción del documento, (v) confidencialidad por razones comerciales o técnicas, (vi) razones de especial sensibilidad política o institucional que provoquen la clasificación de los documentos

⁶⁸ En caso de que el documento solicitado esté almacenado electrónicamente, el art. 3.3.a.ii de las Reglas de 2010 establece que la descripción que se debe realizar puede versar sobre la identificación de archivos específicos o términos de búsqueda, esto es, medios de búsqueda que sean eficientes y económicos.

⁶⁹ Se puede apreciar así que se cumplen los principios de especificidad y causalidad informadores del mecanismo probatorio del *discovery*.

como secretos por parte de un gobierno, (vii) cuestiones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.

Si bien es cierto que el art. 3.6 de las Reglas, establece que una vez recibidas las objeciones el Tribunal debe invitar a las partes a una consulta para que traten de resolver la objeción manifestada, éstas pueden requerir al Tribunal para que la resuelva en un plazo razonable. Sin embargo, si éste decide no resolver en base a que sólo podría si revisara el documento lo que se puede es nombrar a un perito independiente para que, bajo un acuerdo de confidencialidad, informe de la objeción.

En caso de que la solicitud de exhibición de documentos no se dirigiera a la parte contraria, sino a un tercero, el art. 3.9 dispone que la parte solicitante debe realizar un escrito al Tribunal en los términos del art. 3.3, ya descrito, alegando la imposibilidad de obtenerlos por sí misma y pidiendo que se adopten cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener los documentos requeridos.

El tribunal decidirá sobre esta solicitud y adoptara las medidas oportunas si bajo su criterio (i) los documentos son relevantes y sustanciales para la resolución de la controversia, (ii) se han cumplido los requisitos del art. 3.3 y (iii) no se dan ningunas de las objeciones recogidas en el art. 9.2.

Al amparo del art. 3.12 de las Reglas, tenemos que considerar varias cuestiones respecto la forma de presentación de los documentos requeridos:

- 1.- Hay que examinar las copias para ver si coinciden con los originales.
- 2.- Si se trata de documentos en formato electrónico, éstos deben ser presentados en la forma que resulte más conveniente o económica (salvo que las partes dispongan otra cosa).
- 3.- No hay obligación de exhibir tantas copias como partes haya, a menos que el Tribunal así lo disponga.
- 4.- Si los documentos deben ser traducidos, las traducciones se aportaran conjunto los originales.

Finalmente cabe hacer una breve mención a los arts. 3.11 y 3.13. el primero de ellos permite la aportación de documentos adicionales que provengan de las cuestiones puestas de manifiesto por las partes una vez exhibidos los solicitados y el segundo manifiesta que todos los documentos exhibidos ya sea por una de las partes o por un tercero que no sea de dominio público tendrán la consideración de confidencial por el tribunal, lo que significa que sólo podrán ser utilizados en relación al procedimiento arbitral.

5.4.- El *discovery* en la normativa sobre tiempo y costos de la Cámara de Comercio Internacional:

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante, ICC, por sus siglas en inglés) ha regulado los aspectos esenciales del arbitraje no sólo en su reglamento sino

también en una serie de instrumentos jurídicos que sirven de guía y facilitan a las partes el desarrollo del proceso de una manera más ágil y evitando la producción de gastos y costos excesivos⁷⁰.

El primero de estos instrumentos es el Informe sobre el Control del Tiempo y Costos en el Arbitraje. De todo su articulado, nos vamos a centrar en el art. 52 que bajo la rúbrica “Manejo de las solicitudes para la presentación eficiente de documentos” hace referencia al mecanismo probatorio del *discovery*.

Con el fin de reducir el tiempo y los costos en los que puede incurrir cada parte, este precepto aconseja limitar el número de solicitudes de presentación o exhibición de documentos, de manera que sólo se soliciten aquellos que sean verdaderamente relevantes y pertinentes para el resultado del caso.

Asimismo, se señala que el plazo de presentación de estas solicitudes debe ser razonable y que para facilitar aún más la labor al Tribunal, se debe emplear la denominada *Schedule of Document Production*, esto es, un esquema elaborado por Alan Redfern al que haremos alusión más adelante.

El segundo de los instrumentos emitidos por la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC es el Informe sobre *Managing E-Document Production*. Como bien estipula el art. 55 del Informe sobre el Control del Tiempo y Costos en el Arbitraje, la finalidad de éste es aconsejar sobre los beneficios que tiene presentar los documentos y sus copias en formato electrónico, siendo alguno de ellos (i) la reducción del coste que produce a las partes o (ii) el volumen de copias en papel que deben presentarse.

Por último, cabe mencionar el Informe de la ICC sobre la Conducción Eficaz del Arbitraje. Este informe, dividido en fichas temáticas, analiza y trata de ayudar a los abogados a determinar si es conveniente la producción de documentos o no.

Ante el hecho de que cuanto más amplia sea la solicitud de producción de documentos, más largo y costoso será el proceso, este informe da varias posibilidades, para que en virtud de las circunstancias del caso el abogado pueda decantarse por una u otra: (a) omitir la exhibición de documentos, (b) solicitar una exhibición limitada, esto es, a determinados documentos que consideren útiles y pertinentes para el fundamento

⁷⁰ A pesar de que nos centremos en la regulación que hace la ICC por su evidente y notable prestigio, cabe decir que el *discovery* está recogido en diversos reglamentos y legislaciones arbitrales. Esta regulación proviene del poder de documentación que otorgan a los árbitros, ya sea éste discrecional o como una facultad que depende de la voluntad de las partes.

En virtud del ámbito geográfico podemos destacar (i) el art. 24.3 del Reglamento del Centro Regional de el Cairo para el arbitraje comercial internacional, (ii) el art. 38 del Reglamento de *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC), (iii) arts. 19 y 27 del Reglamento del Centro Australiano para Arbitraje Comercial Internacional, (iv) art. 24.h del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur o (v) art. 25.2 del Reglamento de Arbitrajes Internacionales de *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS). Todos ellos permiten al tribunal requerir de las partes cualquier documento relevante y pertinente para la buena consecución del caso.

Para una análisis más detallado sobre los reglamentos arbitrales que recogen el mecanismo probatorio del *discovery*, véase STAMPA, G. (2011), *Discovery Arbitral*, Madrid: Colex, pp. 117-132.

de sus pretensiones, o (c) solicitar la práctica de un *discovery* americano, es decir, un incidente en el que se soliciten no solo la producción de determinados documentos, sino también declaraciones juradas, interrogatorios..etc.

5.5.- Funcionamiento del *Discovery* en un arbitraje internacional: *Redfern Schedule*.

Resolver las solicitudes de exhibición de documentos y las posibles objeciones que se alegan es una ardua tarea que puede conllevar mucho trabajo al Tribunal.

Normalmente y con el fin de reducir tiempo, el Tribunal podía (i) fijar una reunión de organización con los abogados de las partes con el fin de redactar un acuerdo y limitar el alcance de las solicitudes realizadas o (ii) convertir dicha reunión en una audiencia en la que las partes expusieran sus argumentos respecto de las solicitudes.

Como alternativa o complementando esta reunión, podemos encontrar la elaboración de las partes del denominado *Schedule of Document Production o Redfern Schedule*⁷¹. Este mecanismo no es sino una lista en la que se describe mediante columnas los puntos controvertidos de los documentos solicitados.

Como bien se desprende del art. 52 del Informe sobre el Control del Tiempo y Costos en el Arbitraje, esta lista debe constar con cuatro columnas que versen sobre: (i) la identificación del documento o categoría de documentos solicitados, (ii) una breve descripción de las razones de cada solicitud, (iii) un resumen de las objeciones de la otra parte a la presentación del documento y (iv) se deja en blanco para la decisión del tribunal sobre cada solicitud.

Veamos un ejemplo⁷²:

1	2	3	4	5	6
No.	Documents or Category of Documents Requested	Relevance and Materiality according to Requesting Party	Responses/Objections to Document Request	Reply to Objections to Document Request	Tribunal's Decision
1	FVG's Audited Annual Reports for	Necessary to weigh Claimant's allegations	Claimant assumes that this requests seeks production of FVG's "audited	Respondent has received documents from Claimant	

⁷¹ REDFERN, A. & HUNTER, M. (2009), *On International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, pp.393-396.

⁷² Este ejemplo pertenece al caso *Railroad Development Corporation v. The Republic of Guatemala*. Caso ICSID No. ARB/07/23.

	2008, 2009 and 2010 (First Quarter or First Semester, 2010)	regarding damages and the impact of the Lesivo Declaration on its business, in particular those regarding alleged investments by RDC/ FVG, alleged payments to FVG, and supposed market value of investment and lost profits as stated in paragraphs 2, 31, 32, 34- 37 and section VI of the Memorial on the Merits.	financial statements” instead of “Audited Annual Reports” because FVG does not have “Audited Annual Reports.” Claimant will produce FVG’s audited financial statements for 2008 and 2009. FVG has no audited financial statements for the First Quarter or First Semester, 2010.	that purport to be responsive to this request. However, in light of Claimant’s failure to organize its production by request number or otherwise, Respondent is still analyzing the documents produced and reserves its right to comment on the responsiveness of the documents produced and/or seek production of additional responsive documents once it has finalized its analysis of these documents.	
2	

El funcionamiento del *Redfern Schedule* sería el siguiente: Mediante Orden Procesal el Tribunal, a la vista del acto del juicio, dará un plazo razonable a las partes para que soliciten de la parte contraria o de un tercero los documentos que estimen convenientes para fundamentar sus pretensiones.

Cada parte hará una tabla idéntica a la que hemos visto y manifestará (i) los documentos o categorías de documentos que solicita y (ii) por qué entiende que son

relevantes para el resultado del caso. Así, cuando se traslade a la persona requerida ésta pueda expresar en la columna número tres las objeciones que tiene al respecto y pueda volver la parte solicitante realizar alegaciones a dichas objeciones. Como se ha dicho, la última columna se deja en blanco, puesto que es ahí donde el Tribunal va a declarar si estima o no la solicitud y por tanto requerir la exhibición documental.

Con este método podemos apreciar que el trabajo del Tribunal se ve facilitado, puesto que las alegaciones de las partes están perfectamente sintetizadas y organizadas, sin necesidad de que tenga numerosos escritos. De esta manera, puede tomar decisiones de una forma más rápida que conlleve una menor pérdida de tiempo y costos a las partes.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio hemos visto diversas cuestiones. Quizás una de las más importantes es la que versa sobre la posibilidad de implantar el mecanismo probatorio del *discovery* en un Estado perteneciente al sistema de *civil law*, como es España.

A pesar de que pertenecemos a diferentes culturas jurídicas, se ha demostrado que tanto el ordenamiento jurídico español como el americano no son tan distintos. Si bien es cierto que el Derecho americano goza de peculiaridades, como por ejemplo que prima la oralidad frente a la escritura, las denominadas *affidavit* o declaraciones de testigos por escrito o las *class actions*, cuando examinamos ambos sistemas hemos podido apreciar mecanismos similares en objeto, características y efectos. Estamos hablando de las diligencias preliminares, pero sobre todo del deber de exhibición documental entre las partes.

Por ello y porque el art. 299.3 LEC permite la práctica de este incidente, es cuestión de tiempo el que se implante en nuestro ordenamiento.

En segundo lugar hemos visto la regulación del *discovery* en el Derecho americano. Hay que tener siempre presente que este mecanismo es propio del Derecho estadounidense, puesto que si nos remitimos al Derecho británico, perteneciente también al sistema del *common law*, la situación cambia drásticamente.

Recordemos que mientras que en Estados Unidos hablar de *discovery* significa poder realizar varias actividades como (i) *depositions*, (ii) *document production*, (iii) *subpoenas* (iv) *inspection* o (v) *physical and mental examinations*, el *disclosure* británico versa únicamente sobre la exhibición documental.

De igual manera hemos hecho mención al incremento y desarrollo de las nuevas tecnologías y como han afectado en la práctica al Derecho procesal americano. Numerosos Estados ya han adoptado una regulación sobre el *e-discovery* y todos son conscientes de los avances que ha conllevado a esta nueva y moderna Justicia, también conocida por algunos como E-justicia.

En tercer lugar, no podemos olvidar el papel que un tercero ajeno a la controversia puede desempeñar dentro de un procedimiento, ya que a pesar de que el convenio arbitral vincula en principio únicamente a las partes que lo subscriben, podemos afirmar la existencia de determinadas circunstancias que lo hacen quebrar.

Circunstancias como que el testigo o un tercero con información relevante y pertinente resida fuera de los Estados Unidos, en cuyo caso, si el proceso arbitral se sigue en dicho Estado, el *District Court* competente puede requerir su comparecencia a través del §1783 28 USC.

Si por el contrario el proceso se sigue en España y la prueba que necesitamos practicar se encuentra en Estados Unidos, podemos actuar de dos maneras diferentes:

1. Que el propio Tribunal Arbitral o persona con interés legítimo solicite al *District Court* competente la citación de la persona requerida para que comparezca en el proceso arbitral.
2. Que el Tribunal Arbitral se dirija al Juzgado de Primera Instancia correspondiente y sea éste quien gracias al auxilio judicial internacional solicite del *District Court* el requerimiento.

Por último, hemos expuesto la regulación del mecanismo de *discovery* a nivel internacional. Gracias a ello, podemos comprobar la gran influencia anglosajona que existe y que lo que se pretende es una armonización entre los diferentes sistemas jurídicos para otorgar más seguridad jurídica a las relaciones que se den entre empresas de las distintas culturas.

Como se ha expuesto, en arbitraje internacional puede darse la situación de que las partes pertenezcan a diferentes sistemas, pero no sólo ellas, sino también sus abogados e incluso los miembros del Tribunal Arbitral. Esto hace que debido a las peculiaridades de cada cultura jurídica se puedan dar problemas de gran importancia.

Un mecanismo de armonización es el sometimiento de las partes a las Reglas de la IBA, revisadas recientemente cuyo objetivo es promover un proceso eficaz y equitativo. Pero también debemos hacer alusión a los informes elaborados por la Cámara de Comercio Internacional que intentan reducir el tiempo y los costos que el incidente de *discovery* o producción de documentos puede conllevar a las partes.

Finalmente no debemos olvidar el denominado *Redfern Schedule*. Una lista que permite enumerar y detallar los documentos que se solicitan para su exhibición y las objeciones que la parte requerida tiene al respecto.

En definitiva, un mecanismo alternativo a la reunión que puede tener el árbitro con los abogados de las partes para analizar el contenido de las solicitudes, que permite que se reduzca el tiempo y los costos a las partes litigantes.

BIBLIOGRAFÍA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA CITADA:

Bibliografía:

- BORN, GARY.B. (2009): *International Commercial Arbitration*.Vol.II, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, pp. 1929-1940.
- DE LA OLIVA, A. & DIEZ-PICAZO, I & VEGAS TORRES, J (2014), *Curso de Derecho Procesal Civil II: Parte especial*, Madrid: Universitaria Ramón Areces, pp. 130-133.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. (2013): "Prueba judicial y práctica del Discovery en la Unión Europea", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J (2004), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, pp.819.
- GUAL GRAU, C. (2011), "Breves apuntes sobre el Discovery", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* /29-2011, pp. 114-119.
- HAMILTON, C.A (2008), "What U.S.C 1782 means for International Commercial Arbitrations in Spain", en *Spain Arbitration Review* nº 3/2008, pp.23-33.
- PALERMO, G. & GUAIA, I. (2014), "Asistencia de jueces extranjeros en la práctica de la prueba en el arbitraje internacional", en *Spain Arbitration Review* nº 20/2014, pp.109-127.
- REDFERN, A. & HUNTER, M. (2009), *On International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, pp.385-386.
- REDFERN, A. & HUNTER, M. &BLACKABY, N. & PARTASIDES, C. (2006), *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Navarra, Thomson Aranzadi, pp 423-426.
- SALOMON, C.T & FRIEDRICH, S (2013), "Obtaining and submitting evidence in International Arbitration in the United States", en *The American Review of International Arbitration*, 2013/Vol.24 No.4, pp. 549-590.
- STAMPA, G. (2012), "Arbitration discovery in Spain", en *International Litigation News*, London, International Bar Association, pp.24-26.
- STAMPA, G. (2011), *Discovery Arbitral*, Madrid: Colex, pp. 53-211.
- VIRGÓS SORIANO, M. & GARCIMARTÍN ALFÉREZ F.J. (2ª Ed.), *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Pamplona: Thomson-Civitas, pp. 482-515.
- YAÑEZ VELASCO, R. (2004), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant- lo- Blanch Tratados, pp. 609-611.

Normativa utilizada:

1.- Normativa sobre arbitraje internacional:

- REGLAS SOBRE LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA.
- ICC. Informe Control del tiempo y de los costos en el arbitraje
- ICC *Commission Report. Managing E-Document Production.*
- *Protocol for e-disclosure in arbitration* dictado por CIArb.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2. - Normativa estadounidense:

- *Code of Federal Regulations.*
- *Civil Procedure Rules*
- *Federal Arbitration Act.*
- *Federal Rule of Evidence*
- *Federal Rules of Civil Procedure*
- *United States Code*

3.- Normativa española:

- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español.
- Ley 1/2000, de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia:

- **Alemania:**
 - BUNDESGERICHTSHOF BESCHLUSS I ZR 148/14 vom 27. August 2015 in dem Rechtsstreit
- **España:**
 - Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003\ 575)
 - Auto de la Audiencia Provincial de León 97/2009, de 30 de octubre (Roj AAP LE 686/2009)
- **Estados Unidos:**
 - *Directv, Inc. v. Amy Imburgia* (October 2015)
 - *Wellness International Network, Limited, v. Richard Sharif* (January 2015)

- Intel Corp. V. Advanced Micro Devices, Inc (2004)
- *Railroad Development Corporation v. The Republic of Guatemala. Caso ICSID No. ARB/07/23.*
- **Francia:**
 - Arrêt n° 979 du 23 septembre 2015 (14-14.423)
 - Arrêt n° 797 du 8 juillet 2015 (13-25.846)
 - Arrêt n° 482 du 13 mai 2015 (14-17.015)
- **Italia:**
 - Civile Sent. Sez. 1 Num. 22008 Anno 2015, de 7 d'octobre de 2015
 - Civile Sent. Sez. 1 Num. 22007 Anno 2015, de 30 de septiembre de 2015
 - Civile Sent. Sez. 1 Num. 6909 Anno 2015, de 24 de febrero de 2015