

ALERT MEMORANDUM

La decisión de la Corte Suprema de EE.UU. sobre el alcance del *Discovery* bajo la Sección 1782 probablemente tendrá efectos en la práctica del arbitraje en América Latina

6 de julio de 2022

Todavía hay muchas preguntas abiertas relacionadas con cómo y cuándo las partes que litigan en arbitrajes que tienen alguna relación con América Latina pueden recurrir al *discovery* en los Estados Unidos tras la dictación de la muy esperada decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la aplicación del estatuto de *discovery* de la Sección 1782 al arbitraje internacional en los casos *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.* y *AlixPartners, LLP v. Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*. La Corte sostuvo, por unanimidad, que la Sección 1782 no permite que los tribunales estadounidenses ordenen la producción de pruebas para su uso en arbitrajes comerciales en el extranjero, pero introdujo una ambigüedad sustancial con respecto a si la Sección 1782 puede utilizarse en los arbitrajes de inversión.¹

Este Memorándum de Alerta resume brevemente la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos y luego se centra en el impacto práctico que se espera que la decisión tenga en los arbitrajes en los que las partes son de, o los procedimientos tienen sede en, América Latina. El Memorándum distingue el potencial efecto que esta decisión puede tener en casos de derecho internacional público, de su impacto en arbitrajes comerciales internacionales. Este Memorándum, además, sugiere argumentos y mecanismos alternativos a los que las partes pueden recurrir en arbitrajes que tienen algún nexo con América Latina para prever, o ayudar a las partes a obtener, *discovery* en el arbitraje.

¹ *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.*, 596 U.S. ___ (2022).

clearygottlieb.com



© Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2022. Todos los derechos reservados.

El presente memorándum ha sido preparado como un servicio dirigido a clientes y amigos de Cleary Gottlieb para informales sobre las últimas novedades que puedan ser de su interés. La información que se presenta por tanto es de carácter general, y no debe ser considerada como asesoramiento jurídico. En el presente memorándum, "Cleary Gottlieb" y el "despacho" se refieren a Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP y a sus entidades afiliadas en ciertas jurisdicciones, y el término "oficinas" incluye las oficinas de esas entidades afiliadas.

Si tiene alguna pregunta acerca de la información incluida en esta publicación, no dude en comunicarse con su contacto regular en la firma o los siguientes autores.

NUEVA YORK

Jeffrey A. Rosenthal

+1 212 225 2086

jrosenthal@cgsh.com

Ari D. MacKinnon

+1 212 225 2243

amackinnon@cgsh.com

Boaz S. Morag

+1 212 225 2894

bmorag@cgsh.com

Katie L. González

+1 212 225 2423

kgonzalez@cgsh.com

Elisa Zavala

+1 212 225 2336

ezavala@cgsh.com

WASHINGTON, D. C.

Larry C. Dembowski

+1 202 974 1588

ldembowski@cgsh.com

SÃO PAULO

Pedro Martini

+55 11 2196 7233

pmartini@cgsh.com

I. El artículo 1782 y la decisión del Tribunal Supremo²

El 28 U.S.C. § 1782 (“Sección 1782”) otorga a los tribunales federales de Estados Unidos la facultad de obligar a testigos a declarar y de presentar documentos para “utilizarlos en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional” a cualquier persona o entidad que “resida” o se “encuentre” en el distrito judicial donde tiene su sede el tribunal federal.³

Aunque los tribunales estadounidenses estaban divididos en cuanto a la cuestión de si la Sección 1782 permitía recurrir al *discovery* de documentos para utilizarse en un arbitraje comercial internacional privado – encontrando las Cortes de Apelaciones del Segundo, Quinto y Séptimo Circuito que la Sección 1782 no era permisible en los arbitrajes comerciales privados,⁴ y las Cortes de Apelaciones del Cuarto y Sexto Circuito sosteniendo lo contrario⁵ – los tribunales han asumido generalmente que el Congreso “tenía la intención de cubrir” los arbitrajes de inversión dentro de la Sección 1782.⁶

El Tribunal Supremo abordó el ámbito de aplicación del artículo 1782 – resolviendo la antigua división entre las Cortes de Apelaciones de los distintos Circuitos sobre la posibilidad de usar el estatuto en arbitrajes comerciales privados, pero introduciendo una considerable incertidumbre con respecto a su aplicación a los arbitrajes entre inversores y Estados – en dos casos que se consolidaron y decidieron de forma conjunta: *Luxshare, Ltd. v. ZF Automotive US,*

Inc. y AlixPartners, LLP v. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States.

En una decisión unánime redactada por Justice Barrett el 13 de junio de 2022, la Corte sostuvo que la Sección 1782 no podría utilizarse en *Luxshare*, un arbitraje comercial privado, ni en *AlixPartners*, un arbitraje iniciado en virtud de un tratado bilateral de inversión.⁷ La Corte utilizó un estándar con dos pasos para evaluar si la sección en cuestión era aplicable a los arbitrajes comerciales y a los de inversión.⁸ Después de determinar que un “tribunal extranjero o internacional” incluye sólo a los organismos gubernamentales o intergubernamentales, el Tribunal determinó que un tribunal arbitral podría caer dentro del significado del estatuto si estaba “imbuido de autoridad gubernamental” por una o más naciones.⁹

Luxshare excluye definitivamente la posibilidad de utilizar la Sección 1782 para obtener pruebas para su uso en arbitrajes comerciales privados fuera de los Estados Unidos. Sin embargo, en el ámbito de los arbitrajes de derecho internacional público, la Corte dejó abierta la posibilidad de que los paneles arbitrales que conozcan casos de inversión puedan calificarse como organismo gubernamental o intergubernamental en virtud de la Sección 1782 si están “revestidos... de autoridad gubernamental” por los soberanos.¹⁰

II. Impacto práctico en los arbitrajes en América Latina

En términos prácticos, la decisión del Tribunal Supremo implica que, en términos simples, las partes en los arbitrajes comerciales tendrán que buscar

² Para más información sobre el artículo 1782 y la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos, véase *U.S. Supreme Court Denies Applicability of Section 1782 Discovery Statute With Respect to Private Commercial and Treaty Arbitrations*, Cleary Gottlieb (14 de junio de 2022), <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/us-supreme-court-denies-applicability-of-section-1782-discovery-statute-with-respect-to-private-commercial-and-treaty-arbitrations>.

³ 28 U.S.C. § 1782.

⁴ Véase *In re Guo*, 965 F.3d 96, 106-08 (2d Cir. 2020); *Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce PLC*, 975 F.3d 689, 694-95 (7th Cir. 2020); *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l*, 168 F.3d 880, 883 (5th Cir. 1999).

⁵ Véase *Abdul Latif Jameel Transp. Co. Ltd. v. FedEx Corp.* 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019); *Servotronics, Inc. v. Boeing Co.* 954 F.3d 209 (4th Cir. 2019).

⁶ *Nat'l Broad. Co., Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184, 190 (2d Cir. 1999). Ver *Republic of Pakistan v. Arnold & Porter Kaye Scholer LLP*, No. 18-103 (RMC), 2019 WL 1559433, en *7 (D.D.C. 10 de abril de 2019) (“Los tribunales de distrito, incluso en este distrito, han encontrado regularmente que los arbitrajes realizados de conformidad con los Tratados Bilaterales de Inversión, y específicamente por el CIADI, califican como tribunales internacionales bajo el estatuto”).

⁷ *ZF Automotive*, 596 U.S. en *2.

⁸ *Id.* en *5.

⁹ *Id.* en *3, 9.

¹⁰ *Id.* en *16.

nuevos medios para obtener pruebas localizadas en los Estados Unidos, mientras que las partes en los arbitrajes entre inversores y Estados pueden seguir recurriendo a la sección en cuestión si es que pueden mostrar que son una “autoridad gubernamental”, siguiendo el estándar que puso la Corte. Como dijimos, este estándar es ambiguo y quedan dudas por resolver respecto de su aplicación.

La decisión del Tribunal Supremo probablemente tendrá un impacto significativo en las consideraciones estratégicas de las partes que deseen obtener pruebas para su uso en arbitrajes relacionados con América Latina, región que ha visto un fuerte aumento tanto de los arbitrajes comerciales privados con sede en la región como de los arbitrajes inversor-Estado que implican a soberanos latinoamericanos.

A. Impacto en los arbitrajes entre inversores y Estados

Debido a que el Tribunal se negó a adoptar una regla clara respecto a si los tribunales arbitrales en los arbitrajes de derecho internacional público constituyen un “tribunal extranjero o internacional” o no para efectos de la Sección 1782, las partes en los casos inversor-Estado todavía pueden perseguir el *discovery* de la Sección 1782 en los Estados Unidos si presenta argumentos convincentes para mostrar que el tribunal arbitral ejerce la autoridad gubernamental conferida por una o varias naciones.¹¹ El Tribunal no proporcionó orientación sustantiva sobre el tipo o el nivel de autoridad que sería suficiente para calificar a un tribunal dentro del ámbito de la Sección 1782; sin embargo, hay varios factores en los que las partes pueden basarse para presentar argumentos relativos a la autoridad gubernamental de dicho tribunal,

incluyendo hechos como el involucrado del soberano en la convocatoria del panel; la atribución de poderes al panel; la creación del panel por un tratado internacional; o el financiamiento del panel por el soberano.

Es probable que la incertidumbre sobre si los paneles inversor-Estado pueden considerarse “tribunales extranjeros o internacionales” afecte, sobre todo, a los casos que involucran a soberanos latinoamericanos, que han sido nombrados como demandados en alguno de los muchos arbitrajes iniciados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) en los últimos años como resultado de los cambios regulatorios y la convulsión política experimentada en la región.¹² Por ejemplo, en 2021, más del 23% de los nuevos casos registrados en el CIADI implicaron a partes latinoamericanas.¹³ Aunque todavía no se ha puesto a prueba este tema, las partes pueden argumentar – y los tribunales de Estados Unidos pueden llegar a considerar – que los tribunales del CIADI, en particular, tienen la “autoridad gubernamental” requerida por la sentencia *Luxshare del* Tribunal, porque se rigen tanto por una institución multi-gubernamental (el CIADI) y por un tratado internacional (el Convenio del CIADI), que otorgan al tribunal varias características que tradicionalmente ostenta la autoridad gubernamental, incluyendo, por ejemplo, la inmunidad y la exención de impuestos para honorarios y gastos.¹⁴

B. Impacto en los arbitrajes comerciales privados

Debido a que en la decisión la Corte sostuvo, de manera concluyente, que la Sección 1782 no podía ser utilizada para obtener *discovery* en los arbitrajes comerciales privados, será crítico para las partes de

¹¹ De hecho, las partes de los casos inversor-Estado han seguido discutiendo sobre la aplicabilidad del artículo 1782 tras la decisión del Tribunal Supremo. Véase *C. Simson, Malta Arb. Outside Reach of Discovery Tool, Court Hears*, Law360 (17 de junio de 2022), <https://www.law360.com/articles/1503897/malta-arb-outside-reach-of-discovery-tool-court-hears> (parte de un arbitraje del CIADI que argumenta que el *discovery* de la Sección 1782 sigue estando disponible en estos casos tras la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos).

¹² Naciones Unidas UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts And Figures 2020* (septiembre de 2021) disponible en:

https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf. Véase también *Ecuador vuelve a ratificar el Convenio del CIADI: Impact Of The Ratification In Ecuador And In The Region* (9 de agosto de 2021) disponible en:

<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2021/ecuador-re-ratifies-the-icsid-convention.pdf>.

¹³ CIADI, *The ICSID Caseload - Statistics: Issue 2022-1, 24* (2021) disponible en: <https://tinyurl.com/mrxynhm7>.

¹⁴ Véase, por ejemplo, el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, arts. 21, 24(3).

dichos arbitrajes encontrar otros mecanismos para obtener prueba de fuentes estadounidenses, particularmente en las jurisdicciones latinoamericanas donde el *discovery* puede no estar disponible o las partes pueden no incluir disposiciones que permitan el *discovery* en sus acuerdos de arbitraje (como sí lo hacen a menudo las partes estadounidenses).

En lo que respecta a los arbitrajes con sede en América Latina, la legislación local de algunos países sigue permitiendo la obtención de pruebas para uso en arbitrajes. Específicamente, algunas jurisdicciones de América Latina regulan la capacidad de los árbitros para solicitar la asistencia de los tribunales nacionales para obtener documentos u obligar la declaración de un testigo. Este es el caso de Brasil, donde el procedimiento de la *Carta Arbitral* permite a los tribunales nacionales hacer cumplir las órdenes de los árbitros que obligan a la obtención de pruebas.¹⁵ Lo mismo ocurre con respecto a Chile y Perú, donde la *Ley de Arbitraje Comercial Internacional*¹⁶ y la *Ley General de Arbitraje*,¹⁷ respectivamente, establecen que los tribunales arbitrales pueden solicitar la asistencia o colaboración de los tribunales nacionales para obtener pruebas. Por lo tanto, en los arbitrajes con sede o relacionados con partes ubicadas en estas jurisdicciones, las partes pueden acogerse a las leyes locales de *discovery* para obligar a la producción de documentos o al testimonio de testigos. Si bien estas leyes se aplican territorialmente y, por lo tanto, no pueden ayudar a obtener el *discovery* de una persona o entidad ubicada en los Estados Unidos, ellas sí proporcionan mecanismos por los cuales las partes en América Latina pueden obtener el *discovery*.

Además, puede haber otras leyes locales, como la *Ley sobre Acceso a la Información Pública de Chile*¹⁸ o la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú*,¹⁹ que permiten a las partes solicitar información y documentos relativos al gobierno o a los organismos gubernamentales, incluidos documentos de empresas estatales, siempre que las solicitudes cumplan ciertos requisitos (similar al mecanismo de solicitud de información contemplado en la *Freedom of Information Act* de Estados Unidos).²⁰ Dependiendo de la información que se busque, estos mecanismos de derecho local pueden ser una alternativa interesante para las partes. Sin embargo, las partes deben ser conscientes de las limitaciones de estas opciones, incluyendo que: sólo se pueden obtener documentos de ciertas entidades; las solicitudes pueden ser denegadas por razones relacionadas con el interés público o la seguridad;²¹ y el largo tiempo de procesamiento al que pueden estar sujetas muchas de estas solicitudes.²²

Con respecto a la presentación de pruebas de entidades y personas estadounidenses, aunque la Sección 1782 no está disponible en el contexto del arbitraje comercial, las partes que prevén necesitar presentar pruebas de personas o entidades en los Estados Unidos pueden aumentar la probabilidad de obtenerlas si deciden establecer, en la cláusula arbitral, como sede del arbitraje alguna ciudad de EE.UU. En los arbitrajes con sede en EE.UU., las partes de América Latina pueden contar con otras herramientas de *discovery*, como la Sección 7 de la Ley Federal de Arbitraje (“FAA”), que faculta a los árbitros a “citar por escrito a cualquier persona para que comparezca ante ellos o ante cualquiera de ellos como testigo y, en un caso apropiado, para que traiga

¹⁵ Véase la Ley n° 13.129 (Brasil) Art. 22, 26 de mayo de 2015, disponible en: <https://tinyurl.com/ym33r948> (modifica las leyes n° 9.307/96 y 6.406/76).

¹⁶ Véase la Ley N° 19.971 (Chile) Art. 27, 10 de septiembre de 2004, disponible en: <https://tinyurl.com/2p8wdunv>.

¹⁷ Véase el Decreto Ley N° 1.071 (Perú) Art. 45, 1 de septiembre de 2008, disponible en: <https://tinyurl.com/3wzpy8xb>.

¹⁸ Ley N° 20.285 (Chile), 11 de agosto de 2008, disponible en: <https://tinyurl.com/53fxxp8s>.

¹⁹ Ley N° 27.806 (Perú), 4 de febrero de 2003, disponible en: <https://tinyurl.com/yckjm5tn>.

²⁰ Véase, por ejemplo, la Ley n° 20.285 (Chile) Arts. 2, 12, 11 de agosto de 2008, disponible en: <https://tinyurl.com/53fxxp8s>.

²¹ Véase, por ejemplo, la Ley n° 20.285 (Chile) Art. 21, 11 de agosto de 2008, disponible en: <https://tinyurl.com/53fxxp8s>.

<https://tinyurl.com/53fxxp8s>; Ley n° 27.806 (Perú) Art. 13, 4 de febrero de 2003, disponible en: <https://tinyurl.com/yckjm5tn>.

²² Véase, por ejemplo, la Ley n° 20.285 (Chile) Art. 14, 11 de agosto de 2008, disponible en: <https://tinyurl.com/53fxxp8s> <https://tinyurl.com/53fxxp8s>; Ley n° 27.806 (Perú) Art. 11, 4 de febrero de 2003, disponible en: <https://tinyurl.com/yckjm5tn>.

consigo cualquier libro, registro, documento o papel que pueda considerarse material como prueba en el caso”.²³ Además, otras leyes estatales de EE.UU. - que pueden hacerse aplicables a través del acuerdo de arbitraje de las partes en la medida en que estas leyes estatales no entren en conflicto con la FAA – pueden permitir adicionalmente a las partes la búsqueda de pruebas.²⁴ Por ejemplo, la Sección 3102(c) de la Ley y Reglas de Práctica Civil de Nueva York (“CPLR”) autoriza el *discovery* “para ayudar en el arbitraje”,²⁵ y la Sección 2302(a) de la CPLR y la Sección 7505 de la CPLR establecen además que los árbitros o los abogados de un arbitraje pueden emitir citaciones para documentos o testimonios para su uso en esos procedimientos.²⁶ La Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Florida establece igualmente que los tribunales arbitrales con sede en Florida “pueden solicitar asistencia para la obtención de pruebas al tribunal competente de este estado.”²⁷ Dado que varias entidades latinoamericanas eligen la ley de Nueva York o Texas – en particular en la industria del petróleo y el gas – o la ley de Florida por los lazos culturales entre la región y dicho estado, como ley que rige los contratos comerciales, y a menudo eligen una sede en Estados Unidos, estos mecanismos pueden presentar alternativas atractivas al *discovery* al estilo de la Sección 1782, aunque existen difíciles obstáculos jurisdiccionales y de otro tipo que pueden impedir su aplicación.

Por último, a fin de evitar cuestiones relativas a la invocación permisible de las leyes locales o de las leyes estadounidenses para obtener *discovery* en los procedimientos de arbitraje, las partes deben considerar si deben prever desde el principio el *discovery* entre las partes en la cláusula arbitral, o en una orden procesal después de que haya surgido una disputa. Puede ser útil incorporar el *discovery* al principio desde el momento que se redacta la cláusula arbitral. Además, si el *discovery* contra un

tercero resulta útil para avanzar en las reclamaciones en ayuda o en el curso de un procedimiento de arbitraje, una parte también puede considerar si hay causas independientes de acción que podrían ser presentadas en un litigio auxiliar contra el tercero para obtener dicho *discovery*.

III. Conclusión

La decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre *Luxshare* tiene efectos de importantes en la capacidad de las partes para obtener pruebas para su uso en arbitrajes internacionales de personas o entidades con un nexo en los Estados Unidos, en particular en las jurisdicciones latinoamericanas donde ciertas herramientas de *discovery* pueden no estar disponibles, o en aquellos casos en que las partes no incluyen disposiciones de *discovery* en sus cláusulas arbitrales.

Sin embargo, las partes en los arbitrajes latinoamericanos pueden adaptarse tanto en los arbitrajes comerciales privados – en los que la ausencia de la Sección 1782 puede suplirse a través de las leyes locales, la redacción cuidadosa de un acuerdo de arbitraje o un posible litigio auxiliar contra un tercero – como en los arbitrajes internacionales públicos, en los que la aplicación de la Sección 1782 sigue siendo ambigua, pero donde los argumentos jurídicos creativos pueden mejorar la probabilidad de que los tribunales estadounidenses encuentren el requisito de “autoridad gubernamental” que es necesario para obtener los beneficios del *discovery*.

...

CLEARY GOTTlieb

²³ 9. U.S.C. § 7 (1947).

²⁴ Cuando las leyes de arbitraje del estado de Estados Unidos pueden ser incorporadas expresa o implícitamente en un acuerdo de arbitraje es una cuestión complicada que probablemente dependa del lenguaje preciso del propio acuerdo de arbitraje. Ver B. Morag & K. Gonzalez, *CPLR Article 75 or the Federal Arbitration Act:Cuál se aplica a los arbitrajes en Nueva York y por qué es importante*, The International Lawyer (2019).

²⁵ N.Y. C.P.L.R. § 3102(c) (2022).

²⁶ N.Y. C.P.L.R. § 2302(a) (2022) (“[l]as citaciones pueden ser emitidas sin orden judicial por... un abogado del registro para... un arbitraje [o...] un árbitro”); N.Y. C.P.L.R. § 7505 (2022) (“un árbitro y cualquier abogado del procedimiento de arbitraje tiene la facultad de emitir citaciones[]”).

²⁷ Fla. Stat. § 684.0038 (2011).