

A ARBITRAXE NOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SEGUNDO O RÉXIME DA *FEDERAL ARBITRATION ACT*¹

XULIO FERREIRO BAAMONDE

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidade da Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMO: O presente artigo pretende ofrecer unha perspectiva do sistema arbitral norteamericano. O punto de partida é a *Federal Arbitration Act*, como norma básica na materia, pero xunto con esta faise unha análise do desenvolvemento xurisprudencial máis relevante da mesma. Entre outros puntos, abórdase o ámbito material da arbitraxe, os problemas de formación contractual, nomeadamente o relativo ás cláusulas de arbitraxe contidas en contratos de adhesión, os aspectos básicos dos procedementos arbitrais tipo, e as posibilidades de revisión arbitral do laudo.

PALABRAS CLAVE: Arbitraxe. Laudo. Contrato arbitral. Procedemento arbitral. Federal Arbitration Act

SUMMARY: The present paper wants to offer an overview of the American Arbitration System. The start point is the Federal Arbitration Act, which is the basic law in this matter, but with it, some analysis is given about the more relevant related decisional law. Among other issues, it is dealt with the scope of arbitration, contractual problems, mainly those related with adhesiary arbitration clauses, basic aspects of arbitral proceedings and the possibilities of award's judicial review.

KEY WORDS: Arbitration. Award. Arbitral contract. Arbitral proceedings. Federal Arbitration Act.

1 Este traballo realizouse no seo do Proxecto de Investigación "Os Retos do Poder Xudicial diante da Sociedade Globalizada", financiado polo Ministerio de Ciencia e innovación do Goberno de España (REF DER2009-11199), e dirixido polo Prof. Dr. Agustín Pérez-Cruz Martín, Catedrático de Dereito Procesual da Universidade da Coruña.

SUMARIO: I. A FEDERALIZACIÓN DO DEREITO DE ARBITRAXE BAIXO A FEDERAL ARBITRATION ACT. II. A EXTENSIÓN MATERIAL DA ARBITRAXE. III. O CONTRATO DE ARBITRAXE. A BILATERALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL. IV. AS INSTITUCIÓNS ARBITRAIS E OS ÁRBITROS. V. O PROCEDIMENTO ARBITRAL. VI. O LAUDO E A IMPUGNACIÓN XUDICAL DO MESMO. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. A FEDERALIZACIÓN DO DEREITO DE ARBITRAXE BAIXO A *FEDERAL ARBITRATION ACT*

Ata a aprobación da *Federal Arbitration Act* (FAA) en 1925, os Tribunais dos Estados Unidos eran particularmente reticentes á aplicación de cláusulas arbitrais, entendendo que os acordos de arbitraje eran rescindíbeis unilateralmente polas partes ata o momento de emisión do laudo polo tribunal arbitral que, en virtude dunha concepción contractual do mesmo, devíña daquela en obrigatorio para as partes e, en consecuencia, executábel polos tribunais. Diante da necesidade de mudar esta tendencia e dotar de seguridade e eficacia aos contratos de arbitraje, o Congreso aprobou a FAA. Pero sería xa na década dos 80 cando, como consecuencia dunha serie xurisprudencial do Tribunal Supremo, fundamentalmente a que se encadra na denominada triloxía federal, a arbitraje comercial tivo nos EUA unha verdadeira explosión e o seu uso comezou a se multiplicar exponencialmente. Poderá comprobarse que a doutrina do Tribunal Supremo estadounidense parte en moitas ocasións de que a arbitraje se establece no mellor interese tanto das partes (en canto permite solucionar de xeito rápido e barato o conflito) como da sociedade (en canto desafoga o sistema xudicial). Como afirma CARBONNEAU², o Tribunal Supremo está persuadido de que a arbitraje é a mellor e, se cadra, última esperanza viábel para recibir xustiza na sociedade americana contemporánea. En consecuencia, na medida en que as partes fagan mención á arbitraje nas súas relacións contractuais, deben procurar o recurso a este, salvándose, mesmo, posíbeis deficiencias na formación da cláusula arbitral (como haberá ocasión de comprobar).

A xurisprudencia do TS efectuou, nas últimas décadas, unha releitura da FAA, estendendo o seu ámbito de aplicación en virtude dunha declarada "política favorábel á arbitraje", que subxacería na intención lexislativa do Congreso ao aprobar a Lei. Como se irá expoñendo nas seguintes páxinas, esta interpretación, certamente extensiva, por parte do Tribunal Supremo, tivo como consecuencia, ademais dun uso cada vez maior da técnica arbitral como mecanismo de resolución de conflitos, unha presunción favorábel á arbitraje na interpretación dos contratos, unha federalización de facto da materia arbitral, e unha extensión da arbitraje a materias máis alá do ámbito inicialmente previsto, o das demandas mercantís especializadas, como son o dereito do traballo, ou os contratos con consumidores.

2 CARBONNEAU, T. E., *Arbitration in a Nutshell*, 2nd Ed., St. Paul, 2009, p. 32.

Son tres as resolucións que sentaron as bases da política federal sobre arbitraje, a chamada triloxía federal – *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*³, *Soutland Corp. v. Keating*⁴ y *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*⁵ –. Na súa xurisprudencia, o TS estableceu a preeminencia federal en materia de arbitraje, de xeito que se asegurase a política congresual ao respecto favorábel ao uso da institución, fronte a posibles intentos de restrición por parte dos tribunais – federais e estatais – e dos legislativos estatais. Neste sentido, o TS entende que a lei federal é aplicábel con preferencia ás leis estatais sobre arbitraje e tamén aplicábel non só polos tribunais federais, senón tamén directamente polos tribunais dos estados. Parte o TS non só de que a aplicación da FAA polos tribunais estatais é unha cuestión que xa se viña realizando en virtude dos principios do *common law*, senón que, ademais, é precisa para evitar a disparidade na aplicación dos acordos arbitrais entre os tribunais federais e estatais, pois a mesma implicaría unha rebaixa na intención congresual que subxace á lexislación federal⁶. Para o TS, a lexislación federal crea un deber sobre os tribunais estatais de aplicar a política federal sobre arbitraje incorporada á FAA.

Dende este punto de partida, a triloxía federal ten diversas consecuencias sobre o dereito arbitral dos EUA. En primeiro lugar, este convértese en dereito federal. Como se sinalou, o TS descobre na FAA a existencia dunha “forte política federal en apoio da arbitraje” e un mandato do Congreso aos tribunais para aplicala. Para chegar a esta conclusión, o TS utiliza tres conceptos constitucionais: a cláusula de comercio, a cláusula de supremacía federal e o poder constitucional para dirixir a conduta dos tribunais federais. En consecuencia, a FAA devén vinculante para os tribunais federais en casos de diversidade de cidadanía e para os estatais nos casos de existencia dun vínculo co comercio interestatal (cunha interpretación certamente ampla, de acordo coa cláusula “*affecting commerce*”)⁷. A

3 460 U.S. 1 (1983)

4 465 U.S. 1 (1984)

5 470 U.S. 213 (1985)

6 *Vide Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* 460 U.S. 1, 103 S.Ct. 927, 74 L. Ed. 2d 465 (1983). Do mesmo xeito, en *Keating*, o TS de modo análogo determinou que a lexislación federal creaba un deber non só sobre os tribunais federais, senón tamén sobre os tribunais estatais para aplicar a política sobre arbitraje contida na FAA: “Ao aprobar a sec. 2 da FAA, o Congreso declarou unha política nacional favorecedora da arbitraje, eliminando o poder dos Estados a requirir un foro xudicial para a resolución de reclamacións que as partes contratantes acordasen resolver a través da arbitraje. Ao crear unha regra substantiva aplicábel tanto nos tribunais estatais como nos federais, o Congreso tratou de frear os intentos legislativos dos estados para cortar a aplicación dos acordos de arbitraje”. En consecuencia, tras esta sentenza, os tribunais estatais deben aplicar a FAA non só nos casos de comercio interestatal, senón que tamén se baleirou de contido o poder dos estados para aprobar leis que contradigan directa ou indirectamente a política federal sobre arbitraje. Unha crítica a esta doutrina do TS pode verse en SCHWARTZ, D.S., “The Federal Arbitration Act and the Power of Congress over State Courts”, *Or. L. Rev.*, nº 83, 2004, pp. 541 e ss; BRUNET, E., “The Minimal Role of Federalism and State Law in Arbitration”, *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 326 e ss..

7 O TS en *Citizens Banck v. Alafabco, Inc.*, 539 U.S. 52 (2003) afirma que a FAA cobre calquera cláusula escrita nun contrato que evidencie unha transacción “*involving commerce*”, implicando comercio. Para o TS este termo é equivalente ao que serve de aplicación para a *Commerce Clause* constitucional para o exercicio de poderes federales

FAA tamén derroga (non xuridicamente, mais si de facto) para o TS a autoridade legislativa dos Estados para regular a arbitraje, cando se afaste das súas previsións ou as restrinxa. A xurisprudencia do TS enfatiza que a FAA supón un mandato constitucional de eliminar a hostilidade xudicial cara a arbitraje e un deber consecuente de recoñecer e dar efecto aos acordos arbitrais.

A preeminencia federal en materia arbitral non implica, porén, que non exista un espazo para a actuación dos estados⁸. O propio TS, na denominada doutrina *Volt*⁹ establece que o dereito estatal se aplicará cando as partes expresamente se remitan a el e a través da interpretación das cláusulas arbitrais conforme ás regras de formación dos contratos, dado que o dereito contractual é, esencialmente, dereito estatal. De feito, practicamente todos os estados contan con lexislación na materia, cuxa aplicación, polos motivos expostos, se ten visto amplamente restrinxida, fundamentalmente a casos puramente intra-estatais e sempre e cando se respecte a "política favorábel á arbitraje". A extensión deste traballo non permitirá unha mención sequera superficial á lexislación estatal. Sen embargo, si debe sinalarse a existencia da Lei Arbitral Uniforme de 2000, que incorpora principios e conceptos desenvolvidos pola xurisprudencia nas décadas de aplicación da FAA, como poden ser a obriga de imparcialidade e de facilitar información sobre posibles causas de perda da mesma por parte dos árbitros, ou a posibilidade de incluír no laudo indemnizacións de danos e prexuízos (*punitive damages*) e os custes do proceso arbitral¹⁰. Esta lei ten sido adoptada por 12 estados (Alaska, Colorado, Hawaii, Nevada, New Jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Utah e Washington), e incluída nas súas regras procesuais pola *American Bar Association*, *American Arbitration Association*, a *National Academy of Arbitrators* e o *National Arbitration Forum*.

Por último, á hora de abordar o sistema arbitral norteamericano e a súa rápida expansión nas dúas últimas décadas, así como o apoio decisivo do TS ao mesmo, non é posíbel obviar as peculiaridades da xustiza civil nos EUA, que derivan dunha cuasi-xeralizada

(*affecting commerce*, afectando comercio). O poder do Congreso para regular o comercio pode ser usado, segundo o TS en casos individuais, aínda que non amosen efecto ningún específico sobre o comercio interestatal se no plano agregado, a actividade económica en cuestión representa unha práctica xeral suxeita a control federal. *Vide*, ao respecto, TIEVSKY, B.J., "The Federal Arbitration Act After *Alafabco*: A Case Analysis", *Cardozo J. Conflict Resol.*, nº 11, 2010, pp. 675 y ss.

- 8 Esta actuación é maior ou menor dependendo do Estado, posto que algunhas xurisdicións, como California teñen sido especialmente desafiantes á federalización da lei de arbitraje. En *Cornus Investments, Inc. v Concierge Services* 107 P.3d 217 (Cal. 2005), o Tribunal Supremo de California realiza unha aplicación da doutrina da preeminencia federal menos entusiasta que a do TS.
- 9 *Volt Information Sciences, Inc. v Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*, 489 U.S. 468 (1989).
- 10 Tres son os principios que inspiran a Lei Uniforme: 1) a arbitraje é un proceso consensual no cal a autonomía das partes debe ser a consideración principal; por isto, a maioría dos preceptos da lei uniforme constitúen dereito dispositivo, aplicábel a falla de acordo das partes; 2) a razón principal pola que as partes elixen a arbitraje é a relativa rapidez, economía e maior eficiencia do proceso; 3) na maioría dos casos as partes pretenden que a decisión dos árbitros sexa definitiva, coa mínima intervención xudicial posterior, a menos que exista unha clara inxustiza ou denegación de tutela.

insatisfacción permanente coa mesma. O proceso civil comparte neste ordenamento xurídico problemas sistémicos con outros dos seu eido, como pode ser a sobrecarga de traballo dos tribunais e a conseguinte demora na resolución dos asuntos, demora que, en ocasións, sobre todo dende o punto de vista da actividade comercial e dos negocios, é intolerábel para unha eficiente e económica resolución dos conflitos. Esta é unha razón amplamente compartida e que está na base do éxito internacional da arbitraxe, que pretende ofrecer unha resolución rápida a aqueles conflitos cuxa perpetuación se fai inasumíbel para os implicados. Pero a esta proposición universal de partida habería que engadir, no caso dos EUA, as especiais características do seu proceso que, para moitos actores económicos, fan máis desexábel o recurso á arbitraxe. En primeiro lugar, a complexidade procedimental e o carácter adversarial do proceso civil, particularmente no referido ás posibilidades das partes de realizar investigacións vinculantes para a outra (a chamada *discovery*), á profusión de intrincadas regras probatorias e á posíbel multiplicación de solicitudes e mocións preliminares que, ademais, elevan considerabelmente os custes do proceso, fundamentalmente, os referidos á asistencia letrada. En segundo lugar, non se debe descartar na auxe da arbitraxe unha intención de evitar a resolución do conflito polo xurado e a conseguinte incerteza na decisión final (non hai que esquecer que máis do 90% dos procesos civís nos EUA nunca chegan á fase final ou de *trial*, chegándose a un pacto anteriormente, de xeito que se evita a decisión do xurado), poñendo o asunto en mans dun "experto".

II. A EXTENSIÓN MATERIAL DA ARBITRAXE

A literalidade da FAA implicaría a aplicación da mesma unicamente a asuntos mercantís ou marítimos que fosen parte de transaccións de carácter inter-estatal ou internacional. Deste xeito, a regulación da FAA proxectaríase sobre as demandas presentadas diante dos tribunais federais implicando a aplicación da lei federal. O texto lexislativo non prevé en ningún lugar que os tribunais estatais apliquen as súas previsións, especialmente en asuntos rexidos pola lei estatal.

A pesar desta estreita marxe de aplicación que a redacción orixinaria da FAA outorgaba á institución arbitral, a xurisprudencia do TS ten indo alargando o mesmo, até establecer que practicamente todas as disputas relacionadas con transaccións comerciais son susceptíbeis de arbitraxe. Esta progresiva ampliación xurisprudencial realizouse en base a dous principios diferentes: en primeiro lugar, que a arbitraxe é unha "mera forma de xuízo", de xeito que a opción entre arbitraxe e acceso aos tribunais non posúe relevancia ningunha no plano substantivo ou dos dereitos e que, en consecuencia, non existen límites á submisión a arbitraxe dos conflitos, agás cando unha norma expresamente o prohibe. En segundo lugar, o TS entende que non existe interese público na arbitraxe, e ao ser este un asunto unicamente privado entre as partes, a submisión ou non do seu conflito a esta forma de adxudicación é cuestión que, agás excepcións, só a elas incumbe.

Aínda que o principio xeral é, pois, a extensión cuasi-universal da arbitraxe, recoñécense, porén, certos límites. Un primeiro sería a existencia de interese público, en función do cal, nin os asuntos con relevancia penal nin os referidos ao dereito tributario serían susceptíbeis de

submisión a arbitraje, xa que neles o interese privado non existe e son institucións públicas as encargadas de procurar a tutela dos tribunais.

Noutros eidos onde existe tamén unha política pública desenvolvida polo lexislador, entendeuse, de xeito contrario, pola xurisprudencia do TS que a arbitraje non é un obstáculo para a afirmación da mesma, senón que, nestes casos, sería un instrumento axeitado para a afirmación destas políticas públicas. É o caso dos chamados *statutory rights*, é dicir, dereitos que posúen as partes, non como consecuencia das tutelas tradicionais que ofrece o *common law*, derivadas fundamentalmente do dereito contractual e de danos, senón como consecuencia da enunciación lexislativa (*statute*) das mesmas, con carácter de dereito imperativo (*mandatory*). Nestes supostos, o alto tribunal ten entendido dende a década dos 80s¹¹, nunha liña xurisprudencial seguida xeralmente polos tribunais inferiores, que, a non ser que a lexislación sectorial estableza como única vía posíbel para a tutela dos dereitos que dela se derivan a xudicial, é posíbel a resolución do conflito interpersoal a través da arbitraje, se as partes así o consenten, mesmo solicitando nesta vía as tutelas específicas recollidas por tal lexislación¹². Ha de sinalarse, ademais, que en escasas ocasións a xurisprudencia entende existente unha prohibición explícita de arbitrar este tipo de disputas¹³.

Esta xurisprudencia iniciouse a partir de certos casos de arbitraje internacional¹⁴, nos que o TS mantivo que os árbitros internacionais poden decidir sobre reclamacións legais que xorden no contexto de contratos internacionais, dado que desdobrar os procesos bloquearía a litigación internacional. Nun principio esta doutrina estaba limitada exclusivamente a este ámbito orixinario. O razoamento inserto nestes casos, porén, comezou a aparecer en

11 Neste sentido, o caso que supuxo un cambio de tendencia foi *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985), onde o Tribunal sinala que o "mero xurdimento dunha disputa relativa á lexislación anti trust non implica por si mesma a invalidación do foro seleccionado na non demostrada asunción de que a cláusula arbitral estaría contaminada".

12 Vide *Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.* 490 U.S. 477 (1989) y *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991); *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, 531 U.S. 79, 80 (2000). Unha análise da primeira destas sentencias pode verse en MOORE, L.W., "Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.: Is Securities Arbitration Finally Above Suspicion?", *Ky. L.J.*, nº 78, 1990, pp. 839 e ss.

13 CARBONNEAU, T.E., *The Law and Practice of Arbitration*, Ney York, 2009, pp. 230-231. Unha excepción sería a que deriva da aplicación da Lei McCarran-Ferguson (MFA), que establece a primacía da lei estatal sobre a federal na regulación e interpretación dos contratos de seguro. A lei sinala que "ningunha lei do Congreso poderá ser aprobada par ainválidar, afectar ou substituír calquera lei aprobada por calquera estado para a regulación do negocio de seguros". Os contratos de seguro a miúdo conteñen cláusulas arbitrais e a miúdo, tamén, implican unha actividade comercial interestatal. Estas circunstancias deberían motivar a aplicación da FAA e a súa política favorábel á arbitraje. Sen embargo, a preeminencia estatal podería levar a facer prevalecer neste eido leis estatais limitadoras da arbitraje en materias de seguros. Así cando menos o entende parte da xurisprudencia menor, dado que o TS non se ten pronunciado ao respecto. Vide *Hamilton Life Insurance Co. of New York v. Republic National Life Insurance Co.*, 408 F.2d 606 (2d Cir. 1969) e *Bennet v. Liberty National Fire Insurance Co.*, 965 F. 3d 969 (9th Cir. 1992). Entre a doutrina, RANDALL, S., "Mandatory Arbitration in Insurance Disputes: Inverse Preemption of the Federal Arbitration Act", *Conn. Ins. L.J.*, nº 11, 2004-2005, pp. 253 e ss.

14 Vide *Mitsubishi y Scherk v. Alberto-Vluer Co.* U.S. 506 (1974)

casos de arbitraje doméstica, até que finalmente o propio TS ignorou as especificidades internacionais dos mesmos, integrándoos completamente na xurisprudencia sobre arbitraje interna. En consecuencia, na actualidade, o TS mantén que nada na FAA prohibe a submisión a arbitraje das disputas legais, posto que esta é unha mera forma procesual sen implicacións no ámbito dos dereitos substantivos establecidos polas diversas normativas sectoriais, favorecida, ademais, polos principios de política federal que implican, como se ten sinalado, unha presunción de arbitrabilidade de todas as disputas.

Así, a xurisprudencia entende aplicábel a arbitraje a supostos de dereito concursal, aínda que neste eido acostúmase a distinguir entre os procedementos centrais do concurso e outras disputas, podendo ser arbitradas só estas últimas, pero estreitándose o ámbito dos primeiros e progresivamente aumentándose o dos segundos, nunha división que, sen embargo, dista de estar clara¹⁵. O mesmo sucede, á hora de aplicarse a lexislación antitrust, as leis federais laborais ou a sobre prohibición de discriminación, ou certa lexislación federal de protección aos consumidores, como é o caso das accións contidas na *Truth-In-Lending Act* (que regula os dereitos dos consumidores no mercado crediticio), a colación da cal o TS estableceu que "cando o dereito recoñecido por unha lei é susceptible de defensa no foro arbitral, os obxectivos de política pública non xustifican a denegación da arbitraje"¹⁶.

No eido das relacións laborais, a pesar da exclusión expresa por parte da FAA de certos grupos de traballadores, tamén o TS observa poucos obstáculos para a extensión da arbitraje como forma de resolución de conflitos entre traballador e empresa¹⁷. En numerosas resolucións, o TS establece que a exclusión recollida na FAA aplícase unicamente aos contratos laborais de transporte interestatal, sendo efectiva nas restantes relacións de

15 Vide *MBNA Am. Bank, N.A. v. Hill*, 436 F.3d 104 (2d Cir. 2006) y *In re Mintze*, 434 F.3d 222 (3d Cir. 2006). Unha análise detallada do ámbito da arbitraje en relación co dereito concursal pode verse en LAPEZE, J., "Department: Keeping Up With...: In The Matter Of Gandy: Enforcing Arbitration Clauses In Bankruptcy Proceedings", *Houston Lawyer*, nº 40, 2002, pp. 54 e ss.

16 *Johnson v. West Suburban Bank*, 225 F.3d 366 (3d Cir. 2000), *cert. denied*, 531 U.S. 1145 (2001).

17 Neste sentido, a triloxía *Steelworkers - United Steelworkers of Am. v. Am. Mfg. Co.*, 363 U.S. 564, 80 S.Ct. 1343, 4 L. Ed. 2d 1403 (1960); *United Steelworkers of Am. v. Warrior Et Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 80 S. Ct. 1347, 4 L. Ed. 2d 1409 (1960); *United Steelworkers of Am. v. Enter. Wheel Et Car Corp.*, 363 U.S. 593,80 S. Ct. 1358,4 L. Ed. 2d 1424 (1960) – establece a doutrina xeral na materia, sinalando catro principios diferentes no relativo á submisión a arbitraje das disputas laborais: 1) a arbitraje é unha materia contractual e, en consecuencia, unha parte non pode ser obrigada a acudir a arbitraje se non acordou tal xeito de tratamento da súa disputa; 2) se un acordo colectivo crea ou non nas partes un deber de arbitrar un conflito en particular, é un Tribunal quen debe decidilo; a menos que as partes claramente acorden outra cousa, a cuestión de se as partes chegaron ou non a un acordo de arbitraje non debe ser decidido polo árbitro; 3) ao decidir se as partes están de acordo en someter un conflito particular a arbitraje, un tribunal non debe decidir sobre o fondo do asunto; por moi frívola que a demanda poda parecer ao tribunal, esta debe ser decidida polo árbitro; 4) se o contrato contén unha cláusula arbitral existe unha presunción de arbitrabilidade no sentido de que "unha orde para arbitrar un conflito en particular non debería ser denegada a non ser que se dixese positivamente que a cláusula arbitral non é susceptible dunha interpretación que cubra esa disputa"; as dúbidas deberán ser resoltas sempre a favor da arbitrabilidade.

traballo¹⁸. No ámbito sindicalizado, a lexislación sectorial prevé expresamente a submisión de dereitos contidos en acordos colectivos a sistemas de arbitraje que estes mesmos acordos prevexan. Pero o TS entendeu aplicábel a FAA tamén a relacións laborais individuais, sempre e cando exista unha cláusula contractual ao respecto, mesmo cando a bilateralidade da mesma sexa máis que discutíbel ao non existir unha capacidade real de negociación por parte do traballador individual, nunha doutrina que, como se verá, é aplicábel aos contratos de consumo.

Polo que se refire ás relacións de consumo é, se cabe, onde o crecemento exponencial da arbitraje ten sido máis espectacular nos últimos anos. Afírmase que, na actualidade, ao redor de un terzo de todos os contratos de adquisición de bens e servizos por parte de consumidores (xa sexa a compra de servizos de telefonía, internet, venda on-line, seguros sanitarios, servizos de coidados, tarxetas de crédito, compra de automóbeis, etc.) inclúen unha cláusula arbitral non negociada, ou de adhesión, obrigatoria para o consumidor e que, en numerosas ocasións, contén desequilibrios entre os dereitos das partes ou renuncia a dereitos por parte do consumidor (como límites á responsabilidade do provedor, etc.). Esta situación ten provocado certas dúbidas na opinión pública e na academia sobre a aplicabilidade destes contratos non negociados e o seu posíbel carácter abusivo que, na gran maioría das ocasións, como se verá no seguinte epígrafe, os tribunais non teñen entendido abondo para inaplicar a presunción arbitral en virtude da política favorábel, anteriormente enunciada, entendendo que as cuestións que se refiren á xustiza ou inxustiza da cláusula arbitral deben ser resoltas polas partes e, no seu caso, o árbitro¹⁹.

Particularmente desenvolvido se atopa o proceso de arbitraje no eido do mercado de valores, atopándose regulado por organizacións profesionais privadas baixo a supervisión dunha axencia governamental. As organizacións privadas profesionais son as chamadas organizacións reguladoras (SRO) e inclúen á Bolsa de Nova York (NYSE) e á Asociación Nacional de Corredores de Valores (NASD). Estas organizacións, xunto con outras, compoñen a Conferencia da Industria de Valores sobre Arbitraje (SICA), que posúe un Código Uniforme sobre Arbitraje. A axencia federal supervisora é a Comisión de Valores e Bolsa (SEC). Cada SRO posúe as súas propias regras de arbitraje, aínda que existe unha práctica consuetudinaria xeral sobre como conducir os procedementos de arbitraje sobre valores. A SEC debe aprobar as propostas para as modificacións normativas. O NASD conduce a maioría das arbitraxes neste campo, provendo arbitraxes a outros nove SROs. Como mostra da actividade deste sector pode sinalarse que en 2002 NASD recibiu case 8000 casos de arbitraje, moitos deles – máis do 50% – foron rematados anticipadamente ao existir algún tipo de acordo e outros 1000 se resolveron por mediación na propia NASD. Ese mesmo ano os árbitros de NASD outorgaron 139 millóns de dólares en indemnizacións, incluíndo 23 millóns en

18 *Vide Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001). E aínda nestas relacións expresamente excluídas pola FAA, algúns tribunais teñen entendido que é posíbel que a lexislación estatal as faga susceptíbeis de arbitraje, como no caso *Palcko v. Airborne Express, Inc.*, 372 F.3d 588 (3d Cir. 2004).

19 *Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

danos punitivos. En xullo de 2007, o NASD e o NYSE uniron as súas estruturas arbitrais, creando unha entidade chamada *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA). Este é, no momento actual o maior regulador independente da industria do mercado de valores nos EUA. De acordo coa súa web (www.finra.org) supervisa 5000 empresas, 173000 oficinas e 656000 representantes rexistrados²⁰.

Por último, un eido onde a arbitraje tivo certo desenvolvemento nos últimos anos é o da resolución de conflitos entre avogados e clientes, á hora da fixación de honorarios e, aínda que en menor medida, das reclamacións derivadas da responsabilidade profesional. A pesar de que nesta materia tamén se ten cuestionado a bilateralidade da arbitraje, debido á prevalenza do avogado á hora de establecer os termos da relación, na actualidade admítese practicamente con carácter xeral²¹. Así, o Comité de Ética e Responsabilidade Profesional da *American Bar Association*²², entendeu que son eticamente apropiados os acordos entre avogados e clientes que conteñan cláusulas arbitrais ou os acordos que obrigan a someter as disputas sobre honorarios e demandas de responsabilidade profesional a arbitraje, sempre e cando, en primeiro lugar, a aceptación polo cliente da cláusula arbitral estivese baseada no consentimento informado e, en segundo lugar, que a submisión a arbitraje non limite ou exclúa a responsabilidade do avogado (p.ex. impedindo a reclamación de danos punitivos). En consecuencia, moitos colexios de avogados (*Bar*) teñen creado procesos de arbitraje para resolver disputas de honorarios e as Regras Modelo sobre Responsabilidade Profesional (r. 1.5), autorizan programas de arbitraje no relativo á fixación de honorarios, aínda que non demandas de responsabilidade profesional. Neste último ámbito, moitos estados as limitan (como Pennsylvania, Columbia ou Michigan), e outros (como Ohio), directamente as prohiben.

A extensión da arbitraje a ámbitos inicialmente non contemplados polo lexislador e os conseguíntes problemas de bilateralidade e consentimento que os tribunais estadounidenses teñen, en xeral, obviado, conduciu a que nos últimos anos se multiplicasen os intentos lexislativos por limitar a súa actuación e a súa influencia na protección dos dereitos legais. Para os promotores deste tipo de iniciativas, a privatización da resolución de conflitos que afectan a dereitos de carácter público é un desenvolvemento inaceptábel da arbitraje; a regulación legal das condutas comerciais na forma de dereito *anti-trust*, ou de investimentos e as garantías de cidadanía en termos de dereitos civís, non discriminación e proceso debido precisan ser desenvolvidas en procesos públicos por servidores públicos debidamente designados e que

20 CARBONNEAU, T. E., *Arbitration in a Nutshell*, 2nd Ed., St. Paul, 2009, pp. 168-169.

21 Así, en *Goodrich, Goodyear Et Hinds v. Conkle Et Olesten*, no. G028844, 2002, WL 2005678 (Cal. Ct. App. Aug. 20, 2002), o Tribunal de Apelación de California sostivo que un acordo vinculante de arbitraje sobre honorarios era inválido porque entraba en conflito coa lei estatal sobre arbitraje obrigatoria de honorarios. Esta norma buscaba igualar a relación avogado-cliente en termos de reclamacións sobre honorarios, permitindo, entre outros, procedementos arbitrais consultivos. Neste caso a FAA non era de aplicación para o Tribunal por ser un asunto intra-estatal. O TS de California, porén, anulou unha sentenza idéntica en *Schatz v. Allen Matkins Leck Gamble Et Mallory LLP*, 77 U.S.L.V. 1467 (Cal. N° S150 371, Jan. 26, 2009).

22 *Formal Opinion* 02-425.

emitan resolucións públicas e motivadas de acordo cunhas normas xurídicas dotadas de previsibilidade. Exemplo deste movemento, o proxecto de *Arbitration Fairnes Act* de 2007 (Lei de Arbitraje Xusta) pretendeu eliminar os procesos arbitrais coercitivos en circunstancias transaccionais onde as partes fosen desiguais. Nesta proposta legislativa establecíase que non serían válidos os acordos de arbitraje en disputas laborais – individuais ou colectivas –, de consumo ou franquía ou cando o litixio xurdise dunha lei que se tivese aprobado para protexer os dereitos civís ou regular contratos ou transaccións entre partes con poder de negociación desparello. Pretendía eliminar tamén os poderes xurisdicionais do árbitro – que actualmente posúe en virtude da doutrina da separabilidade, á que posteriormente se fará mención –, de xeito que a validez ou aplicabilidade dos acordos arbitrais fosen determinados polos tribunais.

III. O CONTRATO DE ARBITRAJE. A BILATERALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL

A sec. 2 da FAA establece o principio xeral de que a existencia dun contrato arbitral ou dunha cláusula arbitral en calquera outro tipo de contrato vincula ás partes e, en consecuencia, permite a estas acudir diante dun tribunal para facer valer a mesma, tanto paralizano calquera posíbel acción xudicial que ignore o compromiso arbitral, como requirindo o auxilio xurisdiccional para levar a efecto a arbitraje pactada²³. Así, sinala que "unha previsión escrita dentro dunha transacción ou contrato de remitir a arbitraje as controversias que xurdan de tal contrato ou transacción, ou a negativa a realizar estas en todo ou en parte, ou un acordo escrito de someter a arbitraje unha controversia que xurda de tales contratos, transaccións ou negativas, será válido, irrevogábel e executábel, excepto polos motivos que existen en dereito para a revogación de calquera contrato". As seccións subseguintes da FAA deseñan o mecanismo procesual para a consecución de ambas pretensións. Así, a sec. 3 sinala que "se un litixio ou proceso se inicia en calquera dos Tribunais dos Estados Unidos, relativo a calquera asunto remisíbel a arbitraje en virtude dun acordo escrito ao efecto, o Tribunal no cal o litixio penda, unha vez se determine que o asunto involucrado no proceso é remisíbel a arbitraje en virtude de tal acordo, baixo requirimento de parte, suspenderá o proceso até que a arbitraje sexa celebrada segundo os termos do acordo, sempre e cando o solicitante non estea ausente de tal arbitraje"²⁴. Deste xeito, os tribunais veñen a actuar a favor da arbitraje,

23 Mesmo, en certos casos, os tribunais entenden que unha parte non asinante do acordo de arbitraje pode facer valer este en xuízo sempre e cando destrúese o dereito dos signatarios a unha arbitraje. Neste sentido, en *Vaste Management, Inc. v. Residuos Industriales Multiquium S.A. de C.V.* 372 F.3d 339 (5th Cir. 2004), establécese que os terceiros poden invocar a cláusula arbitral cando as disputas arbitradas e litigadas involucran os mesmos feitos, as reclamacións en arbitraje e en xuízo sexan inherentemente inseparábeis e o proceso xudicial poida ter un impacto crítico sobre a arbitraje.

24 Pola súa banda, a sec. 4 establece que "unha parte afectada por unha alegación de negativa doutro a someterse a unha arbitraje pactada por escrito, pode dirixirse a calquera Tribunal de Distrito dos EUA que, de non ser polo acordo, tivese xurisdición segundo o Título 28 para coñecer da demanda civil ou marítima sobre o asunto materia do xuízo no que xurda a controversia entre as partes, para ordenar que se proceda a arbitraje do xeito previsto

sendo esta asistencia xudicial unha das razóns das cales a xurisprudencia extrae a política favorábel á arbitrase e as consecuencias mencionadas da mesma.

A xurisprudencia unicamente ten establecido a necesidade de que non poida entenderse que unha parte renunciou á acción arbitral, ben por comezar un proceso xudicial sobre a mesma pretensión, ben por non ser dilixente á hora de alegar a existencia da cláusula arbitral diante dunha demanda xudicial. Así, en *Davis v Continental Airlines, Inc.*²⁵, o Tribunal de Apelación de California estableceu que a submisión a arbitrase non poderá ser validamente alegada cando: 1) a parte que a alega actuou previamente de xeito inconsistente coa invocación da arbitrase; 2) irrazoabelmente atrasou a solicitude de arbitrase ou; 3) actuou con mala fe ou mala conduta intencionada, e causou un prexuízo para a outra parte²⁶.

A FAA, de acordo co anteriormente sinalado esixe a existencia de contrato escrito e, en principio, os tribunais entenden que os requisitos de validez do contrato deben ser rexidos polo dereito estatal. Agora ben, a predicada preeminencia federal da que xurisprudencialmente se ten dotado á FAA e a "política favorábel á arbitrase" introduciron numerosas matizacións a estes principios xerais²⁷.

En primeiro lugar, aínda que o dereito estatal é aplicábel como dereito conformador da vontade contractual, prohibese aos estados que legislen en materia arbitral especificamente.

no acordo. Presentada a demanda, notificarase no prazo de cinco días á parte demandada, no xeito previsto nas Regras Federais de Proceso Civil. O tribunal escoitará ás partes e unha vez establecido que a existencia do acordo de arbitrase ou a negativa a cumprir co mesmo non están en cuestión, o tribunal ordenará ás partes que acudan á arbitrase. A audiencia e o proceso realizaranse no distrito no cal a solicitude para someterse a arbitrase sexa presentada. Se a existencia do acordo de arbitrase, a negligencia ou a negativa a someterse a este están en cuestión, o tribunal procederá a realizar un xuízo sumario. Se non se solicita xuízo con xurado pola parte demandada ou a disputa é unha demanda de xurisdición marítima, o tribunal oír e resolverá a cuestión. Onde se eleve a cuestión, a parte demandada pode, agás no caso de xurisdición marítima, e até o día que expire o prazo, solicitar xuízo con xurado e en base a esta solicitude, o tribunal someterá a cuestión ao xurado, tal e como sinalan as regras de Procedemento Civil (...). Se o xurado atopa que non existía acordo arbitral ou que non existe negativa a someterse a el, desestimarase a demanda. Se o xurado atopa que o acordo existe e que hai unha negativa a someterse ao mesmo, o tribunal ordenará ás partes proceder de acordo cos termos da arbitrase".

25 59 Cal. App. 4th 205 (1997)

26 Así, no caso mencionado, o Tribunal concluíu que a demanda xudicial fora utilizada para coñecer a estratexia da outra parte a través da *discovery*, para despois poder usar tal coñecemento na arbitrase, sinalando que "tales astucias procesuais provén un amplo apoio para que o xuíz poida concluír que os demandantes iniciaron a súa demanda con mala fe, e facéndoo así, perderon o seu dereito a arbitrar (...). Un tribunal non pode ser usado como unha entrada conveniente ao salón da arbitrase, permitindo a unha parte crear a súa propia estrutura procesual combinando xuízo e arbitrase. O prexuízo para a parte oposta é a pedra de toque da excepción. Desenvolver un proceso xudicial durante 16 meses implica unha perda do dereito a arbitrar. O prexuízo consiste en usar a *discovery* para obter unha información sobre a estratexia da outra parte que non se podería obter na arbitrase, ou para crear atrasos que resultaron en perda de probas ou dilacións indebidas, agardando até a véspera do xuízo para solicitar a arbitrase".

27 Un xuízo crítico sobre a preeminencia federal da FAA sobre o dereito contractual estatal pode verse en JONES, T.L., "State Law Of Contract Formation In The Shadow Of The Federal Arbitration Act", *Duke L.J.*, nº 46, 1996, pp. 651 e ss

É dicir, unicamente terá validez o dereito estatal cando se aplique con carácter xeral – igual que calquera outro contrato – pero os estados teñen vedada a produción de normas e requisitos que se dirixan de xeito concreto aos contratos de arbitraje. Isto será especialmente relevante, como logo se exporá, na defensa dos consumidores e partes contractuais febles, en xeral. En consecuencia, tal e como afirma o TS en *Mastrobouno*²⁸, as referencias contractuais á lei dun estado como lei aplicábel deben entenderse unicamente no plano da relación xurídica subxacente ao conflito, pero non en canto á arbitraje mesma, agás cando as partes expresamente afirmen a aplicabilidade de tales regras arbitrais estatais, conscientes das súas especificidades, pero en canto esta remisión contractual é unha manifestación do poder das partes de configurar a arbitraje segundo a súa vontade.

En segundo lugar, debido a que a presunción de arbitrabilidade anteriormente mencionada ten feito que a xurisprudencia relaxe e flexibilice os requisitos de validez dos contratos de arbitraje, tentando salvar a eficacia das cláusulas arbitrais, de xeito que calquera mención a este modo de resolución de conflitos nas relacións *inter partes* implica unha presunción de vontade nas mesmas de someter as posíbeis controversias que xurdan nelas a arbitraje. Así, admítense non unicamente contratos escritos, senón correspondencia, e-mails, e outro tipo de comunicacións, o que veu derivar nun entendemento consensual da arbitraje²⁹. Como sinala o TS en *Volt*³⁰, "a arbitraje é unha materia de consentimento (...) e as partes son libres para estruturar o seu acordo de arbitraje como mellor lles veña. En consecuencia, poden personalizar o proceso de arbitraje para cubrir as súas necesidades, eliminar regras legais ou técnicas procesuais que poderían ser inconvenientes". Curiosamente, e como haberá ocasión de comprobar máis adiante, este principio consensual tense interpretado en moitos casos, sobre todo cando existe unha disparidade de capacidade negociadora entre as partes, de xeito máis ficticio que real.

Por último, os tribunais federais veñen aplicando a presunción de xeito que se debe realizar unha interpretación dos contratos favorábel á arbitraje. Neste sentido, a doutrina da separabilidade tentou salvar as cláusulas arbitrais mesmo cando se impugna a validez do contrato no que van ínsitas. Esta doutrina foi enunciada por primeira vez na sentenza *Prima Paint*³¹. Segundo esta, as cláusulas arbitrais, como materia rexida pola lei federal, son separábeis do contrato no que están insertas e cando a reclamación sobre a falta de validez do contrato non se dirixe expresamente á cláusula arbitral, esta deberá ser tida por

28 *Mastrobouno v Shearson Lheman Hutton Inc.*, 514 U.S. 52 (1995): "A elección da lei aplicábel cobre os dereitos e deberes das partes, mentres que a cláusula arbitral aplícase á arbitraje". A primeira sería rexida pola lei estatal, mentres a segunda pola lei federal.

29 A xurisprudencia adoita referirse á "oportunidade para ler" (oportunidade para ler), como elemento determinante da formación do consentimento neste ámbito. Vide *Rodriguez de Quijas v Shearson/Am. Express, Inc.* 490 U.S. 477 (1989). Sobre os problemas de formación contractual da cláusula arbitral no e-comercio, pode verse FRIEDMAN, S.E., "Protecting Consumers From Arbitration Provisions In Cyberspace, The Federal Arbitration Act And E-Sign Notwithstanding", *Cath. U.L. Rev.*, nº 57, 2008, pp. 377 e ss

30 *Volt Information Sciences Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*, 789 U.S. 768 (1989).

31 *Prima Paint Corp. v. Flood Et Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395 (1967)

non impugnada, sendo o árbitro o competente para decidir sobre a validez ou invalidez do contrato³². Do mesmo xeito, o entendemento de que a arbitraxe se establece en interese de ambas partes (*best interest*) deu en provocar que se interpreten de xeito extensivo as cláusulas arbitrais, incluíndo no seu ámbito calquera disputa que non fose expresamente excluída polas partes, como é o caso dos *statutory rights*, anteriormente mencionados.

A xurisprudencia dos tribunais federais vén outorgando á presunción de arbitrabilidade tal grao de forza que, en xeral, non se observa a existencia de problema ningún en dar efecto a cláusulas arbitrais que foran unilateralmente impostas en contratos de adhesión sen que unha das partes tivese capacidade real de negociación e sen que, en consecuencia, existise verdadeiro consentimento arbitral por desta "parte feble". Neste sentido, para o TS non parece existir unha diferenza significativa entre a arbitraxe de disputas mercantís entre profesionais e as reclamacións de consumo. E isto a pesar de que nada na FAA pode levar a entender incluído este tipo de contratos entre aqueles aos que se pretende dar forza e efecto, e dunha primeira xurisprudencia en sentido contrario³³. O TS, fundamentalmente a partir das sentencias *McMahon*³⁴ y *Rodríguez de Quinjas v. Shearson/American Express, Inc.*³⁵, vén entendendo que nestes casos debe terse por subsistente a cláusula arbitral, mesmo aínda que esta non fose lida nin asinada polo consumidor e, en todo caso, deixar os problemas de consentimento á decisión do propio árbitro, no entendemento de que é preferíbel "algún tipo de tutela a ningunha tutela en absoluto". De feito, o TS semella considerar nas súas resolucións que a arbitraxe é máis favorábel para o consumidor que o recurso ao proceso, debido a que supón na maioría dos casos unha maior sinxeleza procedimental e a consecuente redución de custes, entre outras cousas, porque no proceso civil norteamericano non existe a imposición de custes sobre a parte vencida, que si está presente na maioría dos procedementos arbitrais.

Só nos casos máis extremos, e non sempre³⁶, cando a cláusula arbitral unilateralmente imposta leva consigo unha disparidade de dereitos para as partes – a parte feble está obrigada

32 Segundo sinala o propio TS, "nesta conclusión, non só facemos honor á linguaxe gramatical da lei, senón tamén ao innegábel e claro propósito do Congreso de que a arbitraxe, cando se selecciona polas partes nun contrato, sexa rápida e non suxeita a atrasos ou obstrucións nos tribunais". Vide WARE, S.J., "Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 107 e ss. En contra desta doutrina, porén, pode verse WELSH, J.R., "Has Expansion Of The Federal Arbitration Act Gone Too Far?: Enforcing Arbitration Clauses In Void Ab Initio Contracts", *Marq. L. Rev.*, nº 86, 2002, pp. 581 e ss; REUBEN, R.C., "First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions", *SMU L. Rev.*, nº 56, 2003, pp. 819 e ss.

33 *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953).

34 *Shearson/Ma. Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 224 (1987)

35 490 U.S. 477, 481 (1989)

36 *Pex., en Harris v. Green Tree Financial Corp.*, 183 F.3d (3d Cir. 1999), o Tribunal entendeu, baseándose na doutrina do TS, que "o mero feito de que unha parte reteña a opción de litigar algúns asuntos diante dos tribunais, mentres outra debe arbitrar todas as súas reclamacións, non fai que o acordo de arbitraxe devese inaplicábel. Vimos mantendo repetidamente que a desigualdade no poder de negociar non é, por si soa, unha base válida para inaplicar

a arbitrar, mentres a forte non –, leva consigo renuncia de dereitos materiais, impón custes exorbitados ao consumidor³⁷, inclúe desequilibrios procesuais ou, en definitiva, implica unha denegación real do acceso á tutela dos dereitos lexítimos pola parte adherente, apréciase a invalidez da cláusula ou, en ocasións, "reinterpretese" a mesma para salvar a súa validez³⁸.

Fronte a esta situación non faltan voces en contra, non só doutriniais³⁹, senón tamén no eido legislativo, como se mencionou no epígrafe anterior, ao respecto da *Fairness in Arbitration Act*⁴⁰. Tamén certas xurisdicións teñen amosado unha maior sensibilidade que a federal polos posibles abusos derivados das cláusulas de arbitraje obrigatorias. É o caso dos tribunais de California, que en certos casos teñen amosado preocupación sobre a inclusión de acordos de arbitraje en materia de consumo, e sospeitas sobre a súa verdadeira función⁴¹, esixindo un "mínimo de bilateralidade" para validar a cláusula arbitral de adhesión⁴². Así, o

un acordo de arbitraje." E en *Strand v. U.S. National Bank Association*, ND, 693 N. W.2d 918 (N.D. 2005), o propio TS mantivo que as cláusulas prohibindo arbitrajes colectivas en contratos de adhesión eran perfectamente válidas ao non comprometer os dereitos substantivos do consumidor.

- 37 Vide *Cole v. Burns International Security Services* (105 F.3d 1465 (D.C. Cir. 1996); *Shankle v. B-G Maintenance Management of Colorado Inc.*, 163 F.3d 1230 (10th Cir 1999).
- 38 Vide *Penn v. Ryan's Family Steak Houses, Inc.* 269 F.3d 753 (7th Cir. 2001); *Kloss v. Edward D. Jones & Co.*, 54 P.3d 1 (Mont. 2002), cert. denied, 538 U.S. 956 (2003); e *Walker v. Ryan's Family Steak Houses, Inc.*, 400 F.3d 370 (6th Cir. 2005).
- 39 Neste sentido, pode verse BRUNET, E.; SPEIDEL, R.E.; STERNLIGHT, J.R.; WARE, S.J., *Arbitration Law in America. A Critical Assesment*, New York, 2006, pp. 127-128, onde se realiza unha exposición sintética das posturas doutriniais a favor e en contra da arbitraje unilateralmente imposta. En canto ás primeiras, basicamente os seus defensores entenden que a existencia desta ofrece aos consumidores unha alternativa rápida, barata e xusta ao proceso e que por iso beneficia ao consumidor individual e ao público en xeral, que se beneficia, vía redución de prezos, dun abaratamento nos custes (e nas responsabilidades) para as empresas. Pola súa banda, aqueles que se opoñen a este tipo de arbitraje sinalan a inxustiza para o consumidor individual, a súa potencial inconstitucionalidade, ao impedir o acceso ao xurado e ao proceso debido, e a anulación que supón, na práctica, da normativa de protección ao consumo. Outras opinións críticas coa arbitraje imposta unilateralmente poden verse en LONGTIN, L.M., "The EEOC's Position On Mandatory Arbitration", *U. Cin. L. Rev.*, nº 67, 1998, pp. 265 e ss; LARSON, S.E., "An Examination Of The Broad Scope Of The Federal Arbitration Act And Binding Mandatory Consumer Arbitration Agreements: Not The Answer To Racial Bias In The United States Legal System", *Hamline J. Pub. L. & Pol'y*, nº 24, 2004, pp. 293 e ss; BALES, R.A.; IRION, S., "Building the Civilization of Arbitration: How Congress Can Make a More Equitable Federal Arbitration Act", *Penn St. L. Rev.*, nº 113, 2009, pp. 1081 e ss. Por contra, en defensa deste, STERNLIGHT, J.R., "In Defense of Mandatory Binding Arbitration (if Imposed on the Company)", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 82 e ss.
- 40 Vide WESTON, M.A., "Preserving the Federal Arbitration Act by Reining in Judicial Expansion and Mandatory Use", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 385 e ss.
- 41 Vide *Badle v. Bank of America*, 67 Cal. App. 4th 779 (Cal. Ct. App. 1998).
- 42 Así, en *Armendariz v. Foundation health Psychcare Services, Inc.*, 6 P.3d 669 (2000), entendeu que non existía bilateralidade debido a que o contrato arbitral requiría a un empregado, pero non ao empregador a arbitrar as súas demandas de despedimento improcedente. Un empregado despedido por roubar segredos empresariais debe, por exemplo, arbitrar a súa demanda de despedimento improcedente baixo un acordo polo cal o empregador non ten a correspondente obriga de arbitrar a súa demanda sobre segredos comerciais contra o empregado. Un segundo elemento foi que o acordo limitaba o reembolso de cantidades de diñeiro no laudo arbitral, e impedía aos demandantes calquera oportunidade de obter indemnizacións dispoñíbeis segundo a lei. Comentarios a esta sentenza poden

Tribunal Supremo de California, en *Discover Bank v Superior Court*⁴³, mantivo que a renuncia a accións colectivas (*class actions*) incluídas en cláusulas arbitrais de adhesión era contraria ao dereito de California e, en consecuencia, inaplicábeis. Do mesmo xeito, en *Engalla*⁴⁴, este mesmo tribunal decretou a nulidade das cláusulas de arbitraje que as compañías de seguros médicas estaban a incluír nos seus contratos, cando eran elas as que administraban os seus propios sistemas de arbitraje en contra dos intereses dos seus clientes, establecendo, en consecuencia, que a selección dun foro neutral era elemento imprescindible para a validez das cláusulas arbitrais de adhesión. En xeral, a tendencia xurisprudencial ten sido non tanto anular este tipo de cláusulas, senón establecer uns condicionantes mínimos para a súa validez, como as referidas ao sinalamento dos árbitros, o acceso dos consumidores a listas de árbitros abondo transparentes, designación de árbitros únicos por parte dos consumidores, imposición de requisitos de neutralidade e éticos nos árbitros, extensión do ámbito decisional da arbitraje (recoñecendo a posibilidade de que exista pronunciamento sobre punitive damages, p.ex.), obriga de emisión do laudo por escrito, acceso a apelación arbitral, etc..

Certas leis estatais tentaron tamén protexer aos consumidores das cláusulas arbitrais obrigatorias. Así, algúns estados como Alabama (*Ala. Code* 1975 sec. 8 1-41 (West 2004)) ou Massachusetts⁴⁵, establecen que as cláusulas de arbitraje previas non son aplicábeis en contratos de consumo. Outros imponen requisitos formais particulares, como que as cláusulas de arbitraje sexan expresamente asinadas, ou se redacten con certos tamaños de letra ou títulos (Montana, Alaska), ou determinan certos requisitos procedimentais, como a designación dos árbitros. Sen embargo, e en virtude da preeminencia federal da FAA e da política favorábel á arbitraje, en xeral, os tribunais federais anuláron ou consideraron irrelevantes estes requisitos adicionais impostos pola lexislación estatal⁴⁶.

Diante das dificultades que a acción lexislativa e xurisprudencial fóra do ámbito federal se atopaban, foron os propios provedores de servizos de arbitraje os que tentaron autorregularse, procurando incluír certas regras especiais dentro da súa normativa institucional para os casos de arbitrajes que derivaban da imposición unilateral dunha das

verse en ISBELL, K., "Compulsory Arbitration of Employment Agreements: Beneficent Shield or Sword of Oppression?" *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, *Whittier L. Rev.*, n° 22, 2001, p. 1107 e ss; FINNEGAN, B., "The California Supreme Court Framework for Mandatory Arbitration Agreements: *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*", *U.S.F. L. Rev.*, n° 36, 2002, pp. 571 e ss.

43 113 P.3d 1 100 (Cal. 2005)

44 *Engalia v. Permanente Med. Group, Inc.*, 938 P.2d 903 (Cal. 1997)

45 *Indus. Ass'n v. Connolly*, 703 F. Supp. 146, 150 (D. Mass. 1988).

46 Vide *Allied Burce Terminix Co. v. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995). Para un comentario da doutrina sentanda neste caso, pode verse WASHINGTON SAWYER, L., "Allied-Bruce Terminix Companies v. Dobson: The Implementation of the Purposes of the Federal Arbitration Act or an Unjustified Intrusion into State Sovereignty?", *Mercer L. Rev.*, n° 47, 1996, pp. 645 e ss. En contra da mesma, WILSON, J., "No-Class-Action Arbitration Clauses," State-Law Unconscionability, and the Federal Arbitration Act: A Case for Federal Judicial Restraint and Congressional Action", *Quinnipiac L. Rev.*, n° 23, 2004, pp. 737 e ss.

partes. Así, en 1998, o *Council of Better Business Bureaus, Inc.* (CBBB) modificou a súa política sobre cláusulas vinculantes de arbitraje en contratos de consumo. De acordo con isto, CBBB só estaba disposto a arbitrar disputas entre empresas e consumidores cando estes últimos tivesen unha información axeitada das consecuencias de acordar unha arbitraje e cando o consumidor formalmente recoñecía a aceptación da cláusula arbitral⁴⁷. JAMS anunciou unha política semellante uns meses despois⁴⁸. Finalmente o *National Consumer Disputes Advisory Committee* da *American Arbitration Association*, desenvolveu un protocolo Nacional para o Debido Proceso en Mediación e Arbitraje das Disputas de Consumo.

Unha última cuestión relevante sobre o contrato arbitral é a referente a quen debe tomar as decisións sobre a interpretación do mesmo. No dereito norteamericano non existe unha norma equivalente á doutrina da *Kompetenz-Kompetenz*, aínda que tal ausencia veu querendo remediarse a través da xurisprudencia do TS. Este, a pesar da dicción da sec. 3 FAA, estableceu unha sorte de división do traballo entre os órganos xurisdicionais e os tribunais arbitrais⁴⁹. Segundo esta, os xuíces son competentes para examinar se existe un contrato de arbitraje e se a disputa en cuestión que se quere someter a arbitraje está incluída no ámbito de aplicación do mesmo.

Pola súa banda, os árbitros poden coñecer das cuestións anteriores, sempre e cando se lles dotase de competencia no contrato arbitral ou as partes se sometan expresa e voluntariamente⁵⁰. Tamén será competencia dos árbitros todo o relativo á existencia de vicios contractuais, renuncia, inaplicabilidade, prescrición, etc.⁵¹, aínda que algunhas destas cuestións sexan dificilmente separábeis da existencia mesma do convenio arbitral.

47 A declaración recoñecía que a arbitraje a miúdo era un xeito efectivo de resolver disputas entre negocios e consumidores. Enfatizaba, sen embargo, que os procedementos de ADR que restrinxían o acceso dos consumidores aos tribunais deberían realizarse sobre a base da voluntariedade. Agachar as cláusulas arbitrais entre as previsións contractuais e impor condicións onerosas sobre os dereitos do consumidor non era para esta institución unha práctica aceptábel. Vide *JAMS:ENDJSPUTE*, "Policy on Procedural Fairness in Consumer Disputes", *World Arb. Et Med. Report*, nº 9, 1998, pp. 177 e ss.

48 Esta incluía que os consumidores recibisen unha notificación axeitada do acordo de arbitraje, que a cláusula arbitral fose igualmente vinculante para as partes, que a elección da arbitraje non redundase nunha perda de tutela legal, que os árbitros fosen neutrais e que os consumidores participasen no nomeamento dos mesmos, que os consumidores non fosen desincentivados ao uso de asesoramento xurídico, o establecemento de certos dereitos sobre proba para os consumidores e de custes razoábeis para os mesmos. Vide *JAMS:ENDJSPUTE*, "Policy on Procedural, cit., pp. 177 e ss.

49 Vide *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cadeigna* 546 U.S. 440 (2006). Máis amplamente, PARK, W.W., "Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 135 e ss.

50 Neste sentido pode verse *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995), onde o TS sinala que "os tribunais non deberían asumir que as partes acordaron someter a arbitrabilidade a arbitraje, a menos que exista unha proba clara e inequívoca ao respecto".

51 Cfr. *Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 U.S. 79 (2002) e *Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

IV. AS INSTITUCIÓNS ARBITRAIS E OS ÁRBITROS

Á hora de configurar a arbitraxe, as partes poden acudir a un árbitro *ad hoc* ou confiar o seu asunto a unha institución provedora de servizos de arbitraxe, o cal é o habitual na práctica dos EUA. O recurso á arbitraxe *ad hoc* obriga ás partes a configurar todos e cada uns dos elementos do procedemento arbitral, polo que normalmente é máis conveniente someterse a unha institución arbitral e ás súas regras, de xeito que estas rexan as diversas etapas procesuais: constitución do tribunal arbitral, establecemento da submisión a arbitraxe ou dos termos de referencia; selección de regras procedimentais; condución do proceso; finalización do mesmo; deliberación do tribunal arbitral e emisión do laudo.

En EUA existen unha serie de institucións cun alto nivel de organización e profesionalidade. A maioría delas son empresas privadas non sometidas a regulamentación governamental nin a ningunha outra forma de escrutinio público ou autorización previa. Son as forzas do mercado e a reputación nos negocios os controis primarios de autoridade e conduta destas institucións, aínda que como regra xeral son organizacións amplamente respectadas e apreciadas. Manteñen as súas propias webs e publicacións, teñen as súas propias regras de conduta para os árbitros, ofrecen listas de árbitros e posúen administradores profesionais que facilitan o desenvolvemento do procedemento arbitral. Entre as máis coñecidas pode salientarse a *American Arbitration Association* (AAA), organización sen ánimo de lucro establecida en Nova Iorque, aínda que conta con sedes en diversas cidades, como Dallas, San Francisco, Boston ou Chicago. A AAA administra ao redor de 200.000 arbitraxes e mediacións anualmente en materia laboral, mercantil, inmobiliaria, financeira ou internacional. Outros provedores de arbitraxe son o *National Arbitration Forum*, establecido en Minneapolis ou JAMS. Este estableceuse en 1979 en Orange County, CA, expandíndose a máis de 20 cidades. Conta con máis de 200 árbitros a tempo completo. Actualmente está especializado en negocios con partes múltiples e disputas comerciais.

En canto ao árbitro, este é a figura central neste procedemento de resolución de conflitos. Fronte á configuración do proceso xudicial norteamericano, onde a iniciativa recae sobre as partes e os seus avogados, no procedemento arbitral, o árbitro goza dunha grande amplitude de poderes, tanto materiais como de dirección do proceso. O entendemento de que a arbitraxe é un xeito de xustiza asimilábel á estatal ten servido para que o TS potenciase os poderes decisionais e procesuais dos árbitros⁵². Como se sinalou anteriormente, unha vez que os tribunais determinan a existencia dunha cláusula arbitral válida, todas as demais cuestións que poderían ser susceptibles de xerar a cláusula arbitral son deferidas ao árbitro para a súa resolución (ou ás normas da institución arbitral correspondente): acumulación de arbitraxes, cousa xulgada, tutela dispoñíbel, arbitraxe colectiva, interpretación do contrato, cuestións procedimentais e xestión da arbitraxe⁵³, e decisión sobre o fondo do asunto, posibilidade de

52 Tamén a Lei Uniforme dota aos árbitros de amplos poderes. A Sec. 15 da mesma permitelles acordar a celebración de audiencias preliminares, requirir ás partes para clarificar as súas alegacións, estipular as materias obxecto de debate, identificar testemuñas, solicitar proba, etc.

53 *Vide Robbins v Day*, 954 F.2d 679 (11th Cir.), *cert. denied*, 506 U.S. 870 (1992).

outorgar indemnizacións de danos e prexuízos⁵⁴, etc.. Recoñéceselles tamén aos árbitros a capacidade de obrigar ás partes e mesmo a terceiros a producir proba (*discovery*), podendo acudir ao auxilio xudicial para levala a efecto, ou ter en conta á hora de emitir o laudo a posíbel actitude obstrutiva destas.

A pesar da importancia central dos árbitros, a doutrina ten sinalado a escaseza de programas de certificación de árbitros ou de institucións de formación de tales árbitros, xa que os existentes se centran na certificación a nivel internacional. As institucións arbitrais adoitan prover ás partes con listas de árbitros, seleccionados entre avogados en exercicio ou xuíces retirados, acompañadas de descrições biográficas e profesionais, pero tales listas dificilmente constitúen verdadeiros mecanismos de certificación⁵⁵.

O nomeamento dos árbitros no seo do proceso non está regulado legalmente, e teñen sido tanto a xurisprudencia, entendendo posíbel a designación xudicial do árbitro, como as normas das institucións arbitrais, as que encheron este baleiro. A xurisprudencia ten feito especial fincapé nas condicións de neutralidade do árbitro. Na práctica norteamericana, os tribunais arbitrais adoitan estar formados ou ben por un árbitro único ou ben por un panel de tres árbitros, nos asuntos de contía máis elevada. Neste caso, adoita ser común que só un deles sexa verdadeiramente neutral, mentres que os outros dous teñan a configuración de "árbitros de parte", aínda que a tendencia á neutralidade do panel é cada vez maior⁵⁶. Cando non existe acordo das partes para proceder ao nomeamento, as institucións arbitrais adoitan facilitar a estas unha lista de candidatos, que as partes priorizan, designándose a aquel ou aqueles que maior consenso xerasen entre os litigantes, reservándose a institución a posibilidade de designación ulterior por causas sobrevidas ou por ausencia de acordo entre as partes.

A neutralidade do árbitro téntase asegurar a través do deber deste de facer públicas as posíbeis causas que supoñan un conflito de intereses ou que poidan comprometer a súa imparcialidade, de xeito que as partes podan realizar a selección con coñecemento de causa, e así o esixen tamén as regras, tanto da AAA (R-16) como de JAMS (r. 15(h)). En non poucas ocasións o incumprimento deste deber polo árbitro leva consigo a anulación do laudo. Neste sentido, a xurisprudencia ten utilizado diferentes estándares para medir a imparcialidade do árbitro e o cumprimento dos seus deberes de información ás partes, variando entre a esixencia de aparencia de imparcialidade e a existencia dun prexuízo constatábel⁵⁷. Algunhas

54 *Vide Rodriguez v. Prudential-Bache Sec., Inc.* 882 F. Supp. 1202 (D.P.R. 1995)

55 CARBONNEAU, T.E., *The Law and Practice of Arbitration*, Ney York, 2009, p. 29.

56 AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Commercial Arbitration Rules and Mediation procedures*, 2010, R-13 e JAMS, *Comprehensive Arbitration Rules Et Procedures*, 2010, R. 7 (a). *Vide* BYRNE, O.K., "A New Code Of Ethics For Commercial Arbitrators: The Neutrality Of Party-Appointed Arbitrators On A Tripartite Panel", *Fordham Urb. L.J.*, nº 30, 2003, pp. 1815 e ss.

57 *Vide Austin South I, Ltd. v. Barton-Malow Co.*, 799 F.Supp 1135, 1142 (M.D. Fla. 1992), entre as primeiras e *Commonwealth Coatings Corp. v Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), entre as segundas. Para unha análise doutrinal ao respecto, BAILEY, J.C., "The Search to Clarify an Elusive Standard: What Relationships Between Arbitrator and Party Demonstrate Evident Partiality?", *J. Disp. Resol.*, 2000, pp. 153 e ss.; KORLAND, L., "What an Arbitrator Should

xurisdicións, ademais, recoñecen a posibilidade de impugnar o nomeamento do árbitro cando concorra algunha causa de parcialidade, con carácter previo á emisión do laudo⁵⁸.

Por último, no dereito estadounidense non se regula tampouco a responsabilidade dos árbitros polo exercicio da súa función. Esta ausencia ten sido cuberta pola publicación de estándares éticos para os árbitros, que son aplicados polas institucións arbitrais⁵⁹, como as Regras Modelo para o Avogado como Terceira Parte Neutral da *CPR Georgetown Commission on Ethics and Estándar in ADR*. Este tipo de regulazóns adoitan facer incidencia na necesidade de discreción dos árbitros e a obriga de poñer en coñecemento das partes calquera tipo de causa de imparcialidade. En xeral, a xurisprudencia entende que nin o árbitro nin a institución arbitral son responsábeis polo contido do laudo. A inmunidade dos árbitros interprétase neste sentido como unha institución a favor da súa independencia e da forza do laudo, para que non se poida tentar atacar indirectamente a resolución arbitral por esta vía. Os únicos supostos que se contemplan son os de ruptura do deber de emisión do fallo. Os árbitros perderían a súa inmunidade cando rachan a obriga contractual de emitir o laudo sen a existencia dunha causa xustificada ao efecto.

V. O PROCEDEMENTO ARBITRAL

Como se sinalou anteriormente, máis alá do respecto aos principios dunha mínima xustiza procesual, non existe regulazón legal sobre a estrutura do procedemento arbitral, ficando sometido este aos acordos das partes ou ás normas institucionais ás que as partes se remitan. Destas regras, e da propia natureza da institución arbitral extráense, sen embargo, unha serie de principios consubstanciais á mesma, fundamentalmente, a simplicidade e flexibilidade procedimentais. Se o procedemento depende da vontade das partes, as diferentes regras deben permitir adaptar aquel ás necesidades destas e á complexidade do litixio. De feito, as diferentes institucións arbitrais posúen unha diversidade de procedementos tipo adaptados á previsíbel dificultade da cuestión a debater e ás opcións procesuais dos litigantes. Por exemplo, as regras procesuais da AAA prevén un procedemento especial para casos superiores a 500.000\$ (L-1 e ss) e un procedemento expedito para as contías inferiores a 75.000\$ (E-1 e ss). No procedemento expedito as comunicacións coas partes faranse xeralmente por vía telefónica, os prazos acúrtanse, os trámites simplifícanse e a *discovery* limitátese. Tamén se prevé que as demandas inferiores a 10.000\$ sexan tramitadas por escrito (E-6)⁶⁰.

Investigate and Disclose: Proposing a New Test for Evident Partiality Under the Federal Arbitration Act", *Case W. Res.*, nº 53, 2003, pp. 815 e ss.

58 *Vide Borst v. Allstate Ins. Co.*, 717 N.W. 2d 42 (Wis. 2006).

59 *Vide*, ao respecto, WALKER, G.K., "State Rules for Arbitrator Ethics", *J. Legal Prof.*, nº 23, 1998-1999, pp. 155 e ss; GABRIEL, H.; RAYMOND, A.H., "Ethics For Commercial Arbitrators: Basic Principles And Emerging Standards", *Wyo. L. Rev.*, nº 5, 2005, pp. 453 e ss; HOLTZMAN, R.A., "Winds of Change: Solutions to Causes of Dissatisfaction with Arbitration: The Role of Arbitrator Ethics", *DePaul Bus. & Comm. L.J.*, nº 7, 2009, pp. 481 e ss

60 Tamén JAMS prevé un procedemento abreviado para asuntos de contía inferior a 250.000\$, que asegura unha tramitación rápida, prevista en 150 días dende a celebración da primeira comparecencia (R. 16).

De feito, non existe unha regra fixa para resolver a dicotomía oralidade/escritura, senón que se utilizará o principio procedimental máis conveniente para cada caso. Na arbitrase documental, as partes facilitarán ao árbitro as súas alegacións por escrito, así como os elementos probatorios dos que desexen valer e o árbitro decide en base ao material facilitado. Sen embargo, no seo destes procedementos escritos poden incluírse vistas ou audiencias para resolver trámites concretos (como proba, p.ex.). Noutros casos, as arbitraxes organízanse como xuízos completos que inclúen procedementos preliminares, declaracións de testemuñas e peritos, informes orais das partes, etc.. En xeral, a vontade das partes e os poderes de dirección do árbitro deseñarán o procedemento máis axeitado para o caso concreto, pero existe unha tendencia a evitar unha traslación mimética dos trámites formais característicos do proceso civil norteamericano, en canto un dos principais obxectivos do recurso á arbitrase, como se sinalou, é a procura dunha solución alternativa aos problemas que presenta o proceso xudicial.

Se as partes optaron por unha arbitrase institucional, normalmente dirixirán a súa demanda arbitral á institución correspondente, que a recepcionará e comunicará á parte contraria. Tanto as regras *JAMS* como as regras da *AAA* prevén a posibilidade de que o demandado non só conteste á demanda, senón que inclúa entre as súas alegacións excepcións afirmativas e reconvencción que, no caso de existir, outorgará ao demandante orixinario a posibilidade de contestar. A demanda pode ser ampliada até o momento no que se designa ao árbitro, podendo o demandado contestar ás sucesivas ampliacións. En todo momento as partes poden estar representadas por avogado (R-24 *AAA*).

Trala presentación da demanda, as partes deben fixar o acordo de submisión, que describe as materias que serán sometidas a arbitrase, definindo a autoridade do árbitro. Sen embargo, as regras institucionais outorgan unha grande capacidade a este para definir o obxecto litixioso, podendo examinar a súa propia competencia, en base ao acordo arbitral – tanto *AAA* como *JAMS* inclúen a regra da *kompetenz-kompetenz* –, a partir das alegacións das partes e, no seu caso, da discusión coas mesmas cando se prevea a celebración de audiencias preliminares.

Despois do nomeamento do árbitro é común a celebración dunha audiencia preliminar para resolver cuestións previas, de tipo administrativo ou procesual, aínda que para simplificar é posíbel que tal conferencia teña lugar de xeito telemático⁶¹. Un dos asuntos principais no procedemento norteamericano será a posibilidade de que as partes soliciten nese momento a produción de proba pola parte contraria (*discovery*). Esta institución, típica do procedemento civil norteamericano, permite ás partes acceder a medios de proba en posesión da outra e coñecer antes da celebración do xuízo as armas coas que conta a contraparte. Sen embargo, a súa práctica xera en moitas ocasións un aumento dos custes, dilacións, e multitude de incidentes a resolver polo xuíz. En xeral, os procedementos arbitrais tenden a limitar a súa utilización, establecendo, por exemplo, un número máximo de deposicións e a trasladar o

61 No caso das regras *AAA* prevense dous tipos de conferencia preliminar, unha antes do nomeamento do árbitro, de carácter administrativo, e outra posterior, para os asuntos de corte procesual (R-9 e R-20).

peso das decisións durante a mesma das partes ao árbitro, de xeito que este poida requiririlles que intercambien documentos e listas de testemuñas, establecendo un principio de boa fe procesual.

Un dos aspectos polémicos con respecto á produción de proba é a posibilidade de que o árbitro se dirixa de xeito vinculante a terceiros para solicitarlles documentación relativa ao litixio. A sec. 7 da FAA establece que os árbitros poden citar a calquera persoa para comparecer diante deles como testemuñas ou para aportar ao proceso libros, arquivos ou documentos que poidan servir como proba, do mesmo xeito que poden facelo os tribunais, establecendo a posibilidade de acudir aos Tribunais de Distrito para realizar as citacións en caso de que as persoas chamadas non acudan voluntariamente ao procedemento arbitral. Este poder ten sido discutido en canto supón impor obrigas sobre quen non foi parte no contrato que dá orixe ao procedemento arbitral, e a xurisprudencia está dividida con respecto ao alcance do mesmo⁶². Unha liña xurisprudencial establece que os poderes de citación do árbitro non incluían a produción preliminar de proba⁶³, aludindo á necesidade de limitar a *discovery* e ao carácter contractual da arbitraxe, que o faría inaxeitado para forzar a terceiros a comparecer diante dos procedementos arbitrals, agás para a audiencia principal. Outra liña xurisprudencial, porén, permite aos árbitros traer ao proceso calquera proba de utilidade para o mesmo, tamén na fase de *discovery*⁶⁴. O que semella deducirse da xurisprudencia de xeito unánime, de todos xeitos, é que os poderes de notificación están limitados ao territorio onde o tribunal arbitral opera, posto que os Tribunais de distrito só terían capacidade para executar os requirimentos do árbitro na súa xurisdición.

As regras institucionais, agás cando se acuda ao procedemento escrito, prevén a celebración dunha vista ou xuízo oral, para cuxa fixación se atenderá á dispoñibilidade das partes, co obxecto de celebrar a proba. De todos xeitos, prevese a posibilidade de producir proba preconstituída, a través de declaracións gravadas, mesmo se isto implica a imposibilidade de interrogatorio cruzado (R-31 e R-32 AAA e r. 22(e) JAMS). A capacidade de valoración probatoria e as facultades de admisión da proba son, polo tanto, amplas para o árbitro, ao que mesmo se lle permite practicar proba de oficio, sen estar vinculado polas estritas regras probatorias que establece a normativa procesual civil federal⁶⁵.

62 Vide SATTLER, W., "Is There A Compelling Interest to Compel? Examining Pre-Hearing Subpoenas Under the Federal Arbitration Act", *Pace L. Rev.*, nº 27, 2006, pp. 117 e ss

63 Vide *Hay Group Inc. v E.B.S. Acquisition Corp.* 360 F.3d 404 (3d Cir. 2004); *Life Receivables Trust v Syndicate 102 at Lloyd's of London*, 77 U.S. L.W. 1139 (nº 07-1197-cv, nov. 25, 2008).

64 Vide *Stolt-Nielsen S.A. v Celanese AG*, 430 F.3d 567 (2d Cir. 2005); *Festus Et Helen Stacy Foundation, inv. v. Merrill Lynch, Pierce Fenner & Smith*, 432 F. Supp. 2d 1375 (N.D. Ga. 2006). En apoio desta xurisprudencia pode verse HERRMANN, G., "Discovering Policy Under The Federal Arbitration Act", *Cornell L. Rev.*, nº 88, 2003, pp. 779 e ss.

65 Tamén a Lei Uniforme prevé amplos poderes probatorios ao árbitro. Así, a sec. 15 da mesma permite aos árbitros identificar testemuñas, solicitar testemuñas, permitir *discovery*, etc.. Porén, a intención legal non é multiplicar a conflitividade derivada da *discovery*, senón que somete ao árbitro a unha actuación acorde cun procedemento eficiente e pouco custoso.

Normalmente os procedementos exclúen o principio de publicidade (r. 26 JAMS e R-23 e R-48 AAA). De feito, a confidencialidade adoita ser unha das características máis apreciadas polos operadores comerciais á hora de acudir á arbitrase, de xeito que preserven os conflitos á marxe do escrutinio público⁶⁶, aínda que se acostuma a prever a posibilidade de que terceiros interesados acudan ás audiencias, cando o árbitro e as partes non se opoñan. O principio de confidencialidade esténdese máis alá do proceso, establecéndose expresamente que nin o persoal das institucións arbitrais nin os árbitros designados por estas poidan participar como testemuñas ou peritos en calquera litigación derivada do procedemento arbitral. Como se verá posteriormente, ese principio de confidencialidade adoita estar detrás, tamén, da limitación na motivación dos laudos.

Tanto antes do procedemento, como durante o mesmo, pode ser preciso adoptar medidas cautelares. Tal posibilidade pode ser recollida polas partes no seu acordo, ou a través das normas institucionais ás que se remitan (R-34 AAA e r.24 (e) JAMS). Nestes casos normalmente noméase un árbitro interino, se aínda non se produciu o nomeamento arbitral. De todos os xeitos, cando se designa un tribunal de tres árbitros, este adoita comisionar a un deles para tomar decisións, tanto sobre tutela cautelar, como sobre outro tipo de cuestións incidentais.

Para rematar, debe facerse mención a dous problemas procesuais que teñen sido reiteradamente discutidos na xurisprudencia norteamericana sobre arbitrase; por unha banda, a posibilidade de acugular procesos arbitrais cando os feitos e as partes neles sexan parcialmente coincidentes; por outra banda, a posibilidade de litigación colectiva, trasladando ao ámbito arbitral o mecanismo procesual das *class actions*, particularmente útil no dereito norteamericano para facer valer os dereitos dos consumidores. En canto á primeira das cuestións, algúns tribunais decidiron que a autoridade xudicial para a acumulación de procesos debe ser extensíbel ao árbitro⁶⁷. Neste sentido, a xurisprudencia norteamericana viuse influenciada polas lexislacións europeas, que si prevén esta posibilidade. A acumulación, sen embargo, ten provocado diferentes problemas, derivados basicamente das dificultades para compatibilizar a obriga que xurde para terceiros co carácter consensual da arbitrase establecido no dereito estadounidense, en canto a acumulación suporía unha "reescritura" do acordo de arbitrase e a súa extensión a quen non foi asinante do mesmo⁶⁸. Por outra banda, fai xurdir tamén problemas de xestión provocados pola necesidade de fusionar diferentes

66 BRUNET, E.; SPEIDEL, R.E.; STERNLIGHT, J.R.; WARE, S.J., *Arbitration Law in America. A Critical Assesment*, New York, 2006, p. 8.

67 *Vide Compania Espanola de Petroleos, S.A. v. Nereus Shipping, S.A.*, 527 F.2 966 (2d Cir. 1975), cert. denied 426 U.S. 936 (1976).

68 A posibilidade de vincular a terceiros ao procedemento arbitral ten sido establecida, sen embargo, con carácter xeral en *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Assocation* 64 F. 3d 773, 778-79 (2d Cir. 1995), sempre e cando se produza en determinadas circunstancias: incorporación por referencia, asunción, axencia, aplicación da doutrina do levantamento do veo e *estoppel*. *Vide* CHRISTENSEN, E.C., "New Mexico Applies Collateral Estoppel to Issues Fully and Fairly Litigated In Arbitration Proceedings: *Rex, Inc. v. Manufactured Housing Committee of New Mexico, Manufactured Housing Division*", *N.M.L. Rev.*, nº 26, 1996, pp. 513 e ss.

procedementos, comezados, se cadra, baixo diferentes árbitros, institucións arbitrais e regras procedimentais. Debido á constatación destas dificultades, a xurisprudencia foi matizando a súa postura, ata facer da acumulación un remedio excepcional e requirir, con carácter xeral, o consentimento das partes para a mesma⁶⁹. Os problemas postos enriba da mesa pola xurisprudencia tentaron solucionarse, máis unha vez, a través das regras institucionais, que incluíron previsións ao respecto⁷⁰.

O feito de que moitos contratos de arbitraxe limiten a posibilidade de que os consumidores acudan a litigación colectiva á hora de reclamar os seus dereitos ten provocado tamén, como se sinalou, certo debate nos EUA. En reiterada xurisprudencia⁷¹, que, como se puido ver no epígrafe 3º non é seguida en todo caso polos tribunais inferiores e estatais, o TS estableceu que dado que a arbitraxe se configura pola vontade das partes, é perfectamente legal este tipo de limitacións, posto que non priva ao consumidor de reclamar os seus dereitos materiais, aínda que en ocasións se lle dificulte polos custes derivados de facer valer os mesmos de xeito individual. As institucións arbitrais reaccionaron tamén fronte a esta limitación establecendo mecanismos internos que permiten arbitraxes colectivas, como é o caso das Regras Suplementarias para Arbitraxes Colectivas da AAA⁷².

VI. O LAUDO E A IMPUGNACIÓN XUDICIAL DO MESMO

Unha vez que remata a audiencia, as regras institucionais adoitan outorgar un prazo breve ao árbitro ou tribunal arbitral para a emisión do laudo (30 días nas regras JAMS e AAA). En principio, a arbitraxe resolverase conforme a dereito (así o estipulan tamén as regras institucionais, polo xeral)⁷³, aínda que se as partes o acordan, é posíbel a resolución en equidade e conforme a criterios técnicos. Xeralmente, a resolución do laudo incluírá algún pronunciamento sobre os custes do procedemento arbitral que, fronte á regra xeral no proceso civil norteamericano (cada parte se fai cargo dos seus propios gastos), pode incluír a imposición de todas ou parte das mesmas á vencida⁷⁴.

69 *Vide Government of the United Kingdom v. Boeing Co.*, 998 F.2d 68 (2d Cir. 1993).

70 Así, a r. 6.e JAMS prevé a posibilidade de que a administración arbitral decida a acumulación de diferentes demandas presentadas diante dela e establece diferentes previsións para organizar o xeito no que esta acumulación se ha de producir.

71 *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* 539 U.S. 444 (2003). *Vide* tamén *Johnson v. West Suburban Bank*, 225 F3d 366 (3d Ci. 2000), *cert. denied*, 531 U.S. 1145 (2001); *Strand v. U.S. National Bank Association*, ND, 639 N."2d 918 (N.D. 2005) e, no ámbito doutrinal, KILBY, G., "Leaving a Stone Unturned - The Unanswered Question from Green Tree Financial Corp. v. Bazzle: Does the Federal Arbitration Act Permit Classwide Arbitration?", *U. Miami L. Rev.*, nº 59, 2005, pp. 413 e ss; YADAVA, N., "Can You Hear Me Now? The Courts Send a Stronger Signal Regarding Arbitration Class Action Waivers in Consumer Telecommunications Contracts", *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, nº 41, 2008, pp. 547 e ss.

72 Unha crítica a esta doutrina pode verse en WRIGLEY, F.M., "Kristian V. Comcast: Another Drop In The Bucket, Or The Achilles Heel Of Arbitration Agreements Banning Class Mechanisms?", *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, nº 27, pp. 163 e ss.

73 R-43 AAA e r. 24 (c) JAMS

74 R. 24 (f) JAMS e R-43 (c) AAA

O cotián na práctica arbitral norteamericana é que o laudo non sexa motivado⁷⁵. As razóns son de dous tipos. Por unha banda, relacionadas coa confidencialidade, de xeito que as partes podan manter reservadas a terceiros as razóns da súa disputa⁷⁶. Por outra banda, relaciónase tamén a falta de motivación do laudo cun desincentivo para evitar a revisión xudicial do mesmo. Diante da falla de seguridade sobre as razóns que poden levar aos tribunais a anular un laudo arbitral, como se verá de seguido, a ocultación aos mesmos do razoamento arbitral pode servir para bloquear unha hipotética vontade xudicial de pronunciarse sobre o fondo do asunto⁷⁷.

Unha vez emitido o laudo – e agás que se prevea a posibilidade de apelación arbitral (r. 34 JAMS)⁷⁸ –, este devén executivo e pode facerse valer diante dun tribunal de xustiza⁷⁹. Así, a sec. 9 FAA concede ás partes o prazo dun ano para que confirmen xudicialmente o laudo. En consecuencia, a non ser que o tribunal comprobe a existencia dalgunha causa para a anulación do mesmo, emitirá unha orde confirmatoria. Será tribunal competente para tal confirmación – ao igual que para a anulación do mesmo – aquel que as partes acordasen como tal ou, no seu defecto, o do lugar de emisión do laudo⁸⁰.

A política favorábel á arbitraje implica que existe unha presunción de validez do laudo e, aínda que tanto a FAA como a xurisprudencia recoñecen a posibilidade de anular o laudo polos motivos que a continuación se expresarán, na práctica, as posibilidades de que isto ocorra son reducidas⁸¹. Dúas consideracións apoian esta presunción. En primeiro

75 Así se establece nas regras AAA (R-42(b)), agás acordo das partes, aínda que as regras JAMS si prevén que os árbitros inclúan unha xustificación do mesmo (r. 24 (h)), excepto, naturalmente, acordo en contrario.

76 BRUNET, E.; SPEIDEL, R.E.; STERNLIGHT, J.R.; WARE, S.J., *Arbitration Law in America. A Critical Assesment*, New York, 2006, p. 9.

77 CARBONNEAU, T.E., *The Law and Practice of Arbitration*, New York, 2009, p. 9.

78 Sobre a posibilidade de apelación arbitral, pode verse KASS, R., "A Private Path To Appellate Arbitration", *B.B.J.*, nº 50, 2006, pp. 35 e ss.

79 VAN AUSDALL, E., "Confirmation Of Arbitral Awards: The Confusion Surrounding Section 9 Of The Federal Arbitration Act", *Drake L. Rev.*, nº 49, 2000, p. 41 e ss.

80 Esta competencia, sen embargo, ten sido xurisprudencialmente ampliada ao entender o TS en *Cortez Byrd Chips, Inc. v Bill Harbert Constr. Co.*, 529 U.S. 193 (2000) que estas normas competenciais son de carácter dispositivo e non imperativo e permitindo, en consecuencia, a interposición das demandas de confirmación, anulación ou modificación do laudo tanto no distrito onde o laudo foi emitido como no competente baixo a aplicación das normas xerais de competencia, para a execución do acordo arbitral. Vide, ao respecto, SCHWARTZ, M.G.; YIP-KIKUGAWA, A., "Sunshine Beauty Supplies, Inc. v. United States District Court: Mandatory Venue and Motions to Confirm or Vacate Under the Federal Arbitration Act", *U.S.F.L. Rev.*, nº 32, 1998, pp. 629 e ss.

81 En *Fine v Bear, Stearns Et Con., Inc.*, 765 F.Supp. 824, 827 (S.D.N.Y. 1991) o tribunal afirmou expresamente que "é xurisprudencia constante que o poder dos tribunais para anular un laudo arbitral debe ser extremadamente limitado, porque unha revisión xudicial que se extralimitase ao efecto minaría a eficacia que a arbitraje procura conseguir". En sentido semellante pronúnciase o TS en *Remmey v Paine Webber, Inc.*, 32 F.3d 143 (4th cir. 1994), cert. Denied, 513, U.S. 1112 (1995), ao afirmar que permitir un amplo control xudicial dos laudos convertería á arbitraje nunha mera audiencia preliminar do verdadeiro proceso. De feito, os tribunais téñense amosado extremadamente contrariados polas accións frívolas en contra dos laudos polas partes perdedoras. Así, en *B.L. Harbert Int'l, LLC, v. Hercules Steel Co.*, 441 F.3d 905 (11th Cir. 2006), o tribunal propuxo a posibilidade de sancionar a aqueles recorrentes que non

lugar, a autonomía das partes, en canto os tribunais entenden que se as partes acudiron á arbitraxe, eles deben absterse de coñecer o fondo do asunto, para preservar a finalidade do mesmo. En segundo lugar, os principios de simplicidade, celeridade e confidencialidade que de cotío rexen o proceso arbitral e que se verían comprometidos de existir un amplo escrutinio xudicial.

A Sec. 10 FAA establece catro diferentes motivos de anulación do laudo arbitral a solicitude de parte ou, mesmo, dun terceiro afectado pola resolución: a) cando o laudo fose ditado baixo corrupción, fraude ou medios indebidos; b) cando existise evidente parcialidade ou corrupción arbitral; c) cando os árbitros incorresen nunha conduta impropia ao negárense a admitir probas pertinentes ou outro material necesario para a resolución da controversia, ou calquera outro comportamento inaxeitado que prexudique os dereitos da parte; e d) cando os árbitros se excedesen nos seus poderes ou os desenvolvesen de xeito tan imperfecto que non emitisen un laudo congruente, final e definitivo sobre a materia. Trala anulación do laudo, e se aínda non expírase o prazo concedido ao tribunal arbitral para ditar o mesmo, o órgano xurisdiccional pode remitirle o asunto para unha nova resolución.

A estes motivos expresamente recollidos na lexislación federal, a xurisprudencia ten engadidos outros baseándose nos poderes do *common law* e que, a diferenza dos sinalados pola FAA, se dirixen ao fondo do asunto. Estes outros motivos foron desenvolvidos nun principio no eido particular da arbitraxe laboral, pero máis tarde estendidos con carácter xeral⁸². A súa aplicación dista de estar clara, pois o TS é ambiguo ao respecto⁸³, pero en todo caso o seu alcance é tamén, sen dúbida, restrinxido. Estes motivos serían: a) manifesto desprezo pola lei; b) resolución arbitral caprichosa, arbitraria ou irracional e; c) existencia dunha violación de orde pública. Como se sinalou anteriormente, a enunciación xurisprudencial destes motivos provocou a reacción arbitral de limitar a motivación dos laudos arbitrais a fin de eludir os mesmos.

Aínda que a aplicación dos diferentes motivos non é clara na xurisprudencia e, en ocasións, se solapan, facendo difícil delimitar o ámbito de cada un, pode, sinteticamente, facerse un intento para expor a operatividade dalgúns deles. A pesar de que a imparcialidade do árbitro é consubstancial ao procedemento arbitral, os tribunais estadounidenses son reticentes á hora de apreciar este motivo de anulación en casos concretos, e adoitan esixir un estándar probatorio elevado para facelo. Como se sinala en *Austin South I, Ltd. v. Barton-Malow Co.*⁸⁴, unha relación trivial entre o árbitro e unha das partes "non crea unha aparencia de impropiedade necesaria para violar a sec. 10 b FAA; debe haber unha relación

tivesen un fundamento sólido para a impugnación: "se permitimos ás partes que perden na arbitraxe relitigar os seus casos libremente diante dos tribunais, a arbitraxe non fará nada para reducir a conxestión do sistema xudicial, as disputas serán máis lentas, no lugar de máis rápidas e a consecución dunha decisión final máis custosa, no lugar de máis económica".

82 *Vide Eastern Assoc. Coal Corp. v. United Mine Workers of Am.*, Dist. 17 531 U.S. 57 (2000).

83 *Vide Hall Street Associates, LLC v. Mattel*, 128 S. Ct. 1396 (2008).

84 799 F.Supp 1135, 1142 (M.D. Fla. 1992).

substancial entre o árbitro e unha parte en orde a establecer a 'evidente parcialidade' legal. A parcialidade evidente existe cando unha persoa razoábel tería que concluír que un árbitro se inclinou cara algunha das partes na arbitraxe. a mera aparencia de prexuízo é insuficiente para anular o laudo. A carga de demostrar os feitos que establecerían unha impresión razoábel de parcialidade tena a parte que impugna o laudo (...). A posibilidade de prexuízo debe ser directa, definitiva e capaz de demostración máis alá do remoto, da incerteza e da especulación"⁸⁵. De todos xeitos, como se sinalou anteriormente, certas sentencias aluden simplemente á aparencia de prexuízo como base suficiente para anular un laudo por esta causa⁸⁶, de xeito que cando os árbitros non informasen de calquera posíbel relación coas partes, e aínda que esta non inflúa na actuación concreta do árbitro, estableceríase unha causa suficiente para apreciar o motivo de anulación, particularmente cando as partes o acordasen deste xeito⁸⁷.

Alegar conduta arbitral impropia é unha vía complicada para acadar a anulación dun laudo, xa que, como se sinalou, en principio os árbitros posúen un amplo ámbito de soberanía para dirixir os procedementos arbitraris, co que súas decisións neste campo son, en principio, incuestionábeis. Polo tanto, decisións puntuais de carácter procesual, mesmo cando non sexan tomadas dentro do espectro legal de actuación do árbitro, non darán lugar a anulación. A xurisprudencia entende que os árbitros han de procurar un procedemento onde as partes reciban xusta notificación dos actos procesuais, oportunidade de presentar proba e alegacións e un tratamento imparcial. Só cando exista unha decisión arbitral que contradiga tales principios, como unha denegación de proba substancial aos efectos da resolución e, por isto, prexudicial para a parte, poderíase dicir que esta foi privada dunha sentenza xusta e, en consecuencia, o laudo pode ser anulado⁸⁸.

85 Establécese en consecuencia, un test de imparcialidade baseado en catro parámetros: a) extensión e carácter do interese persoal do árbitro; b) a relación directa entre o árbitro e a parte á que favoreceu; c) a conexión desa relación coa arbitraxe; d) a proximidade no tempo entre a relación e o procedemento arbitral.

86 *Vide Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968) e *Lifecare Int'l, Inc., v CD Med. Inc.*, 68 F.3d 729 (11th Cir. 1995). En sentido semellante, o TS de Texas en *Bullington Northern Railroad Co. v TUCO, Inc.*, 960, S.W. 2d 629 (Tex. 1997), estableceu que un árbitro exhibira parcialidade evidente ao omitir dar información que crearía unha impresión razoábel de parcialidade a un observador obxectivo. Tal parcialidade podía ser establecida da falla en entregar esta información unicamente, e non debería ir acompañada necesariamente dunha parcialidade ou prexuízo efectivo. En orde a elixir un árbitro neutral de xeito dilixente, cada parte debe ter acceso a calquera información que puidese razoabelmente afectar á parcialidade do árbitro, xa que isto é o que permite facer unha avaliación ás partes. Por isto, para o máximo tribunal texano, "un árbitro neutral seleccionado polas partes ou os seus representantes amosa parcialidade evidente se non facilita datos que poderían nun observador obxectivo crear unha razoábel impresión de parcialidade. Enfatizamos que esta parcialidade evidente se establece da falla de información mesma, independentemente de que esa información necesariamente estableza a parcialidade e o prexuízo".

87 *Vide* GROSS, L.E.; WIEDER, H.L., "Should Parties' Disclosure Requirements for Arbitrators be Honored by Courts: Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corporation", *S. Ill. U. L. J.*, nº 33, 2008, pp. 71 e ss

88 *Vide* *Nationwide Mutual Ins. Co. v The Home Ins. Co.*, 278 F3d 621 (6th Cir. 2002).

O exceso de autoridade arbitral tense relacionado coa congruencia entre o laudo arbitral e o acordo arbitral, de xeito que cando o árbitro ou árbitros decidisen sobre materias que non fosen expresamente sometidas ao seu coñecemento, sería de aplicación este motivo⁸⁹. En todo caso, debe lembrarse que, tal e como se mencionou anteriormente, a presunción favorábel á arbitraxe implica que se considere sometida a arbitraxe toda aquela cuestión que non fose expresamente excluída polas partes. De todos xeitos, o seu ámbito estendeuse ata solaparse co manifesto desprezo legal e coa toma de decisións procesuais abusivas. Ademais, o TS desenvolveu en aplicación deste motivo a doutrina da separabilidade⁹⁰, en función do cal, os Tribunais teñen potestade para anular unicamente aquela parte da resolución arbitral que incorrese en exceso conservando e, polo tanto, executando o contido restante.

O manifesto desprezo pola lei demostrouse como un motivo de anulación de límites inconcretos que serviu en ocasións para que os tribunais revisasen laudos en casos de discordancia coa decisión sobre o fondo⁹¹. Sen embargo, actualmente a doutrina xurisprudencial semella limitalos a supostos nos que os árbitros, tras identificar determinadas normas como aplicábeis ao caso prescinden das mesmas á hora de resolver o asunto⁹². Isto implica, polo tanto, a existencia dun razoamento escrito por parte do tribunal arbitral. En todo caso, semella altamente improbábel que un árbitro actúe dese xeito, invocando unha determinada norma xurídica para, de seguido, ignorala na súa resolución. Algunhas sentencias teñen utilizado, por isto, un estándar menos severo, como sería o do erro manifesto por parte do árbitro, de xeito que tal erro poda ser identificado por unha persoa media cualificada para servir como árbitro⁹³. Certas sentencias foron máis alá para incluír o manifesto desprezo do árbitro pola proba diante del presentada⁹⁴.

A excepción de orde pública non implica tampouco un amplo poder xudicial para anular o laudo, senón que a xurisprudencia restrinxiu a supostos nos que a política de orde pública está expresamente fixada polo lexislador e, ben o contrato, ben o laudo, a contraveña explicitamente, sen aplicarse a consideracións xerais de defensa de supostos intereses públicos⁹⁵. Tal e como sinala o TS en *Misco*, a excepción de orde pública non pode

89 *Vide Major League Baseball Players Assn'n v. Garvey*, 532 U.S. 504 (2001).

90 WARE, S.J., "Arbitration Law's Separability Doctrine After *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 107 e ss

91 *Vide MUNGOLI, M.*, "Comment The Manifest Disregard Of The Law Standard: A Vehicle For Modernization Of The Federal Arbitration Act", *St. Mary's L.J.*, nº 31, 2000, pp. 1079 e ss; SMIT, H., "Arbitral Et Judicial Decision: Manifest Disregard Of The Law In The New York Court Of Appeals", *Am. Rev. Int'l Arb.*, nº 15, 2004, pp. 315 e ss; DRAHOZAL, C.R., "Codifying Manifest Disregard", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 234 e ss.

92 O'MULLAN, M.P., "Seeking Consistency In Judicial Review Of Securities Arbitration: An Analysis Of The Manifest Disregard Of The Law Standard", *Fordham L. Rev.*, nº 64, 1995, pp. 1121 e ss.

93 *Vide Fine v. Bear, Stearns & Co. Inc.*, 765 F.Supp., 824, 827 (S.D.N.Y. 1991).

94 *Vide Halligan v. Piper Jaffray, Inc.* 148 F.3d 197 (2d Cir. 1998), *cert. denied*, 526 U.S. 1034 (1999). En contra, porén, pode verse *Wallac v. Buttar* 378 F.3d 182 (2d Cir. 2004).

95 *Vide Brown v. Rauscher Pierce Refsnes, Inc.* 994 F.2d 775 (11th Cir. 1993); *Westvaco Corp. v. United Paperworkers International Union, AFL-CIO*, 171 F.3d 971 (4th Cir. 1999).

ser aplicada á lixeira, sobre a base dalgún sentido xudicial difuso do interese público, senón que debe emanar dunha lei e dunha linguaxe legal inequívoca⁹⁶.

Diante da estreita marxe que lexislación e xurisprudencia permiten para a revisión xudicial dos laudos arbitrals, algúns litigantes, no desexo de asegurar unha xusta resolución da *litis*, optaron por incluír nos seus contratos arbitrals novas causas de escrutinio xudicial, que permitisen aos tribunais controlar a corrección en dereito do laudo. Son as denominadas cláusulas *opt-in*⁹⁷. Aínda que nun primeiro momento estas cláusulas foron tidas por legais, cando menos por unha parte da xurisprudencia⁹⁸, o TS en *Hall Street Associates, LLC v. Mattel, Inc.*⁹⁹ Semella ter rematado coa validez das mesmas, ao considerar que os motivos de anulación da sec. 10 FAA son exclusivos e, en consecuencia, non poden ser ampliados por vía contractual, dado que non é o contrato o que, a diferenza do que ocorre coa arbitrase, crea a capacidade dos tribunais para coñecer do asunto, senón a FAA, ao outorgarlles capacidades de revisión do laudo, e esta atribución de xurisdición non é dispoñíbel polas partes¹⁰⁰.

Ademais da anulación do laudo, admítense dous xeitos máis de intervención xudicial sobre a resolución arbitral: a acción de corrección e a acción de aclaración. A primeira está prevista na sec. 11 FAA, establecendo esta que calquera parte pode solicitar a corrección do laudo cando: a) exista un erro material evidente na realización dun cálculo ou na descrición

96 *United Paperworkers International Unjon, AFL-CIO v. Misco, Inc.* 484 U.S. 29 (1987).

97 Vide YOUNGER, S.P., "Agreements To Expand The Scope Of Judicial Review Of Arbitration Awards", *Alb. L. Rev.*, nº 63, 1999, p. 241 e ss; MURRAY, C.A., "Contractual Expansion Of The Scope Of Judicial Review Of Arbitration Awards Under The Federal Arbitration Act", *St. John's L. Rev.*, nº 76, 2002, pp. 633 e ss; SULLIVAN, K.A., "The Problems Of Permitting Expanded Judicial Review Of Arbitration Awards Under The Federal Arbitration Act", *St. Louis L.J.*, nº 46, 2002, pp. 509 e ss; BLANES, E.R., "Normativismo y decisionismo: el estandar federal para la revision judicial del arbitraje", *Rev. Jur. U.P.R.*, nº 76, 2007, pp. 357 e ss.

98 Vide *Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Servs. Inc.*, 341 F.3d 987, 994 (9th Cir. 2003). Unha análise desta sentenza pode verse en MONTGOMERY, L., "Expanded Judicial Review Of Commercial Arbitration Awards-Bargaining For The Best Of Both Worlds: *Lapine Technology Corp. V. Kyocera Corp.*, 130 F.3d 884 (9th Cir. 1997)", *U. Cin. L. Rev.*, nº 68, 2000, pp. 529 e ss.. En apoio á legalidade das cláusulas *opt-in*, téñense pronunciado multitude de autores, entre os que poden verse JIANG-SCHUERGER, D., "Perfect Arbitration = Arbitration + Litigation?", *Harv. Negotiation L. Rev.*, nº 4, 1999, pp. 231 e ss; SASSER, K.A., "Freedom to Contract for Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements", *Cumb. L. Rev.*, nº 31, 2000-2001, pp. 337 e ss; KOPTSIOWSKY, M., "A Right to Contract for Judicial Review of an Arbitration Award: Does Freedom of Contract Apply to Arbitration Agreements?", *Conn. L. Rev.*, nº 36, 2004, pp. 609 e ss; MOSES, M., "Can Parties Tell Courts What to Do? Expanded Judicial Review of Arbitral Awards", *Kan. L. Rev.*, nº 52, 2004, pp. 429 e ss; NORTON, J.K., "Having Your Cake and Eating It Too? *Contractually Expanding Judicial Review of Arbitration Decisions. Schoch v. InfoUSA, Inc.*, 341 F.3d 785 (8th Cir. 2003)", *Neb. L. Rev.*, nº 86, 2007, pp. 183 e ss.; COLE, S.R., "Revising the FAA to Permit Expanded Judicial Review of Arbitration Awards", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 214 e ss

99 128 S.Ct. 1396 (2008). Análises desta sentenza poden verse en SCOTT, D., "The Zen Of Arbitration: Contracting For Judicial Review Of Arbitration Awards", *Whittier L. Rev.*, nº 29, 2008, pp. 743 e ss; BERGER, J.E.; SUN, C., "The Evolution Of Judicial Review Under The Federal Arbitration Act", *N.Y.U. J. L. & Bus.*, nº 5, 2009, pp. 745 e ss; REUBEN, R.C., "Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street", *113 Penn St. L. Rev.*, nº 113, 2009, pp. 1103 e ss; SCOTT, D., "The Zen Of Arbitration: Contracting For Judicial Review Of Arbitration Awards", *Whittier L. Rev.*, nº 29, 2008, pp. 743 e ss

100 En favor da limitación legal ás cláusulas *opt-in*, pode verse BUNCH, J.R., "Arbitration Clauses Should Be Enforced According to Their Terms -- Except When They Shouldn't Be: The Ninth Circuit Limits Parties' Ability to Contract for Standards of Review of Arbitration Awards", *J. Disp. Resol.*, 2004, pp. 461 e ss; REUBEN, R.C., "Process Purity and Innovation: A Response to Professors Stempel, Cole, and Drahozal", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 271 e ss.

dunha persoa, cousa ou propiedade sinalada no laudo; b) cando os árbitros fallasen sobre unha materia non sometida á súa xurisdición, a menos que tal materia non afecte ao fondo do asunto; c) cando o laudo sexa imperfecto en relación á súa forma, non afectando ao fondo da controversia. Nestes casos o xuíz pode corrixir e, en consecuencia, modificar o laudo. Esta vía procesual ten sido utilizada tamén para buscar a aclaración dun laudo que sufra de ambigüidades en canto ao seu contido. Con eles os tribunais utilizarían a súa potestade xurisdiccional para salvar e dar unha lectura comprensíbel a un laudo que, doutro xeito, debería ser anulado por exercicio defectuoso dos deberes arbitrais¹⁰¹.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Commercial Arbitration Rules and Mediation procedures*, 2010.
- BAILEY, J.C.: "The Search to Clarify an Elusive Standard: What Relationships Between Arbitrator and Party Demonstrate Evident Partiality?", *J. Disp. Resol.*, 2000, pp. 153 e ss.
- BALES, R.A.; IRION, S., "Building the Civilization of Arbitration: How Congress Can Make a More Equitable Federal Arbitration Act", *Penn St. L. Rev.*, nº 113, 2009, pp. 1081 e ss.
- BERGER, J.E.; SUN, C., "The Evolution Of Judicial Review Under The Federal Arbitration Act", *N.Y.U. J. L. & Bus.*, nº 5, 2009, pp. 745 e ss.
- BLANES, E.R., "Normativismo y decisionismo: el estandar federal para la revision judicial del arbitraje", *Rev. Jur. U.P.R.*, nº 76, 2007, pp. 357 e ss.
- BRUNET, E., "The Minimal Role of Federalism and State Law in Arbitration", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 326 e ss.
- BRUNET, E.; SPEIDEL, R.E.; STERNLIGHT, J.R.; WARE, S.J.: *Arbitration Law in America. A Critical Assesment*, New York, 2006.
- BUNCH, J.R., "Arbitration Clauses Should Be Enforced According to Their Terms -- Except When They Shouldn't Be: The Ninth Circuit Limits Parties' Ability to Contract for Standards of Review of Arbitration Awards", *J. Disp. Resol.*, 2004, pp. 461 e ss.
- BYRNE, O.K., "A New Code Of Ethics For Commercial Arbitrators: The Neutrality Of Party-Appointed Arbitrators On A Tripartite Panel", *Fordham Urb. L.J.*, nº 30, 2003, pp. 1815 e ss.
- CARBONNEAU, T. E., *Arbitration in a Nutshell*, 2nd Ed., St. Paul, 2009.
- CARBONNEAU, T.E., *The Law and Practice of Arbitration*, Ney York, 2009.
- CHRISTENSEN, E.C., "New Mexico Applies Collateral Estoppel to Issues Fully and Fairly Litigated In Arbitration Proceedings: Rex, Inc. v. Manufactured Housing Committee of New Mexico, Manufactured Housing Division", *N.M.L. Rev.*, nº 26, 1996, pp. 513 e ss.
- COLE, S.R., "Revising the FAA to Permit Expanded Judicial Review of Arbitration Awards", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 214 e ss.
- DRAHOZAL, C.R., "Codifying Manifest Disregard", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 234 e ss.
- FINNEGAN, B., "The California Supreme Court Framework for Mandatory Arbitration Agreements: Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc", *U.S.F. L. Rev.*, nº 36, 2002, pp. 571 e ss.

101 *Hardy v Walsh Manning Securities, L.L.C.*, 341 F.3d 126 (2d Cir. 2003)

- FRIEDMAN, S.E., "Protecting Consumers From Arbitration Provisions In Cyberspace, The Federal Arbitration Act And E-Sign Notwithstanding", *Cath. U.L. Rev.*, nº 57, 2008, pp. 377 e ss.
- GABRIEL, H.; RAYMOND, A.H., "Ethics For Commercial Arbitrators: Basic Principles And Emerging Standards", *Wyo. L. Rev.*, nº 5, 2005, pp. 453 e ss.
- GROSS, L.E.; WIEDER, H.L., "Should Parties' Disclosure Requirements for Arbitrators be Honored by Courts: Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortgage Corporation", *S. Ill. U. L. J.*, nº 33, 2008, pp. 71 e ss.
- HERRMANN, G., "Discovering Policy Under The Federal Arbitration Act", *Cornell L. Rev.*, nº 88, 2003, pp. 779 e ss.
- HOLTZMAN, R.A., "Winds of Change: Solutions to Causes of Dissatisfaction with Arbitration: The Role of Arbitrator Ethics", *DePaul Bus. & Comm. L.J.*, nº 7, 2009, pp. 481 e ss.
- ISBELL, K., "Compulsory Arbitration of Employment Agreements: Beneficent Shield or Sword of Oppression? Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.", *Whittier L. Rev.*, nº 22, 2001, p. 1107 e ss
- JAMS, *Comprehensive Arbitration Rules & Procedures*, 2010.
- JAMS, "Policy on Procedural Fairness in Consumer Disputes", *World Arb. & Med. Report*, nº 9, 1998, pp. 177 e ss
- JIANG-SCHUERGER, D., "Perfect Arbitration = Arbitration + Litigation?", *Harv. Negotiation L. Rev.*, nº 4, 1999, pp. 231 e ss.
- JONES, T.L., "State Law Of Contract Formation In The Shadow Of The Federal Arbitration Act", *Duke L.J.*, nº 46, 1996, pp. 651 e ss.
- KASS, R., "A Private Path To Appellate Arbitration", *B.B.J.*, nº 50, 2006, pp. 35 e ss.
- KILBY, G., "Leaving a Stone Unturned - The Unanswered Question from Green Tree Financial Corp. v. Bazzle: Does the Federal Arbitration Act Permit Classwide Arbitration?", *U. Miami L. Rev.*, nº 59, 2005, pp. 413 e ss.
- KOPTSIOVSKY, M., "A Right to Contract for Judicial Review of an Arbitration Award: Does Freedom of Contract Apply to Arbitration Agreements?", *Conn. L. Rev.*, nº 36, 2004, pp. 609 e ss.
- KORLAND, L., "What an Arbitrator Should Investigate and Disclose: Proposing a New Test for Evident Partiality Under the Federal Arbitration Act", *Case W. Res.*, nº 53, 2003, pp. 815 e ss.
- LAPEZE, J., "Department: Keeping Up With...: In The Matter Of Gandy: Enforcing Arbitration Clauses In Bankruptcy Proceedings", *Houston Lawyer*, nº 40, 2002, pp. 54 e ss.
- LARSON, S.E., "An Examination Of The Broad Scope Of The Federal Arbitration Act And Binding Mandatory Consumer Arbitration Agreements: Not The Answer To Racial Bias In The United States Legal System", *Hamline J. Pub. L. & Pol'y*, nº 24, 2004, pp. 293 e ss.
- LONGTIN, L.M., "The EEOC's Position On Mandatory Arbitration", *U. Cin. L. Rev.*, nº 67, 1998, pp. 265 e ss.
- MONTGOMERY, L., "Expanded Judicial Review Of Commercial Arbitration Awards-Bargaining For The Best Of Both Worlds: *Lapine Technology Corp. V. Kyocera Corp.*, 130 F.3d 884 (9th Cir. 1997)", *U. Cin. L. Rev.*, nº 68, 2000, pp. 529 e ss.
- MOORE, L.W., "*Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*: Is Securities Arbitration Finally Above Suspicion?", *Ky. L.J.*, nº 78, 1990, pp. 839 e ss.
- MOSES, M., "Can Parties Tell Courts What to Do? Expanded Judicial Review of Arbitral Awards", *Kan. L. Rev.*, nº 52, 2004, pp. 429 e ss.

- MUNGIOLI, M., "Comment The Manifest Disregard Of The Law Standard: A Vehicle For Modernization Of The Federal Arbitration Act", *St. Mary's L.J.*, nº 31, 2000, pp. 1079 e ss.
- MURRAY, C.A., "Contractual Expansion Of The Scope Of Judicial Review Of Arbitration Awards Under The Federal Arbitration Act", *St. John's L. Rev.*, nº 76, 2002, pp. 633 e ss.
- NORTON, J.K., "Having Your Cake and Eating It Too? *Contractually Expanding Judicial Review of Arbitration Decisions. Schoch v. InfoUSA, Inc., 341 F.3d 785 (8th Cir. 2003)*", *Neb. L. Rev.*, nº 86, 2007, pp. 183 e ss.
- O'MULLAN, M.P., "Seeking Consistency In Judicial Review Of Securities Arbitration: An Analysis Of The Manifest Disregard Of The Law Standard", *Fordham L. Rev.*, nº 64, 1995, pp. 1121 e ss.
- PARK, W.W., "Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 135, e ss.
- RANDALL, S., "Mandatory Arbitration in Insurance Disputes: Inverse Preemption of the Federal Arbitration Act", *Conn. Ins. L.J.*, nº 11, 2004-2005, pp. 253 e ss.
- REUBEN, R.C., "First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions", *SMU L. Rev.*, nº 56, 2003, pp. 819 e ss.
- REUBEN, R.C., "Process Purity and Innovation: A Response to Professors Stempel, Cole, and Drahozal", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 271 e ss.
- REUBEN, R.C., "Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street", *113 Penn St. L. Rev.*, nº 113, 2009, pp. 1103 e ss.
- SASSER, K.A., "Freedom to Contract for Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements", *Cumb. L. Rev.*, nº 31, 2000-2001, pp. 337 e ss.
- SATTLER, W., "Is There A Compelling Interest to Compel? Examining Pre-Hearing Subpoenas Under the Federal Arbitration Act", *Pace L. Rev.*, nº 27, 2006, pp. 117 e ss.
- SCHWARTZ, D.S., "The Federal Arbitration Act and the Power of Congress over State Courts", *Or. L. Rev.*, nº 83, 2004, pp. 541 e ss.
- SCHWARTZ, M.G; YIP-KIKUGAWA, A., "Sunshine Beauty Supplies, Inc. v. UnitedStates District Court: Mandatory Venue and Motions to Confirm or Vacate Under the Federal Arbitration Act", *U.S.F. L. Rev.*, nº 32, 1998, pp. 629 e ss.
- SCOTT, D., "The Zen Of Arbitration: Contracting For Judicial Review Of Arbitration Awards", *Whittier L. Rev.*, nº 29, 2008, pp. 743 e ss.
- SMIT, H., "Arbitral Et Judicial Decision: Manifest Disregard Of The Law In The New York Court Of Appeals", *Am. Rev. Int'l Arb.*, nº 15, 2004, pp. 315 e ss.
- STERNLIGHT, J.R., "In Defense of Mandatory Binding Arbitration (if Imposed on the Company)", *Nev. L.J.*, nº 8, 2007, pp. 82 e ss.
- SULLIVAN, K.A., "The Problems Of Permitting Expanded Judicial Review Of Arbitration Awards Under The Federal Arbitration Act", *St. Louis L.J.*, nº 46, 2002, pp. 509 e ss.
- TIEVSKY, B.J., "The Federal Arbitration Act After Alafabco: A Case Analysis", *Cardozo J. Conflict Resol.*, nº 11, 2010, pp. 675 e ss.
- VAN AUSDALL, E., "Confirmation Of Arbitral Awards: The Confusion Surrounding Section 9 Of The Federal Arbitration Act", *Drake L. Rev.*, nº 49, 2000, p. 41 e ss.
- YADAVA, N., "Can You Hear Me Now? The Courts Send a Stronger Signal Regarding Arbitration Class Action Waivers in Consumer Telecommunications Contracts", *Colum. J.L. Et Soc. Probs.*, nº 41, 2008, pp. 547 e ss.

- YOUNGER, S.P., "Agreements To Expand The Scope Of Judicial Review Of Arbitration Awards", *Alb. L. Rev.*, n° 63, 1999, p. 241 e ss.
- WALKER, G.K., "State Rules for Arbitrator Ethics", *J. Legal Prof.*, n° 23, 1998-1999, pp. 155 e ss.
- WARE, S.J., "Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna", *Nev. L.J.*, n° 8, 2007, pp. 107 e ss.
- WASHINGTON SAWYER, L., "Allied-Bruce Terminix Companies v. Dobson: The Implementation of the Purposes of the Federal Arbitration Act or an Unjustified Intrusion into State Sovereignty?", *Mercer L. Rev.*, n° 47, 1996, pp. 645 e ss.
- WELSH, J.R., "Has Expansion Of The Federal Arbitration Act Gone Too Far?: Enforcing Arbitration Clauses In Void Ab Initio Contracts", *Marq. L. Rev.*, n° 86, 2002, pp. 581 e ss.
- WESTON, M.A., "Preserving the Federal Arbitration Act by Reining in Judicial Expansion and Mandatory Use", *Nev. L.J.*, n° 8, 2007, pp. 385 e ss.
- WILSON, J., " "No-Class-Action Arbitration Clauses," State-Law Unconscionability, and the Federal Arbitration Act: A Case for Federal Judicial Restraint and Congressional Action", *Quinnipiac L. Rev.*, n° 23, 2004, pp. 737 e ss.
- WRIGLEY, F.M., "Kristian V. Comcast: Another Drop In The Bucket, Or The Achilles Heel Of Arbitration Agreements Banning Class Mechanisms?", *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, n° 27, pp. 163 e ss.