

# LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO

Covadonga Isabel Ballesteros Panizo  
coballes@ucm.es  
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN II. LA IRRUPCIÓN DEL MOVIMIENTO ADR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESTADOS UNIDOS 1. LA ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT DE 1990 2. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN LA ADR ACT DE 1990 3. LA ADR ACT DE 1996 A) *La ejecutividad directa del laudo* B) *La confidencialidad* 4. EL PAPEL DE LA ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES 5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ADR ACT A) *Contratación pública* B) *Responsabilidad patrimonial* C) *Medio Ambiente* III. CONSIDERACIONES FINALES IV. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

La institución arbitral en el derecho administrativo comparado tiene muy distintos tratamientos en función de la cultura jurídica y de los fundamentos filosófico-políticos sobre los que se sustente un determinado sistema jurídico. Abordar el estudio que recibe una institución en un ordenamiento jurídico extranjero, aunque no siempre es fácil, resulta muchas veces muy iluminador cuando se trata de resolver dudas sobre el encaje de esa institución en el ordenamiento nacional<sup>1</sup>. Ahora bien, este tipo de estudios deben abordarse siempre con la debida prudencia, pues muchas veces los conceptos jurídicos válidos en un determinado ordenamiento jurídico a menudo originan confusión y error cuando son utilizados en la interpretación de otro sistema jurídico<sup>2</sup>. El estudio del derecho extranjero debería ser un hito imprescindible en todo proceso de análisis jurídico, pues de otra manera, podría ocurrir que uno estuviera pensando que la propia aportación es genuina y darse el caso de que el país vecino hace décadas que ha encontrado una solución como la que uno está proponiendo.

En este trabajo se va a exponer el tratamiento que recibe la institución arbitral en el ordenamiento jurídico norteamericano. Se irán haciendo muy breves reflexiones sobre las cuestiones más relevantes que se vayan apuntando, pero no será hasta el apartado final de “consideraciones finales”, cuando se haga una reflexión global de la regulación norteamericana. No se trata pues de analizar en profundidad aquí esa regulación, si no de exponerla, dando unas breves orientaciones que puedan ayudar al lector a llegar a sus propias conclusiones.

Estados Unidos es hoy el paradigma al que mira la Unión Europea en el proceso de privatización y gestión de los servicios de interés general. Así pues, el modelo

---

<sup>1</sup> Este trabajo constituye una síntesis y actualización de una parte del Capítulo IV de BALLESTEROS, *El arbitraje*. 2017.

<sup>2</sup> CLARKE ADAMS, *El Derecho*, 1964,7-8.

norteamericano de recurso y asunción del arbitraje en cuestiones afectadas por el interés general puede resultar revelador para su posible traslación al ordenamiento jurídico español y comunitario.

El ordenamiento jurídico norteamericano difiere en mucho del ordenamiento jurídico español y también de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, sobre todo, en lo que se refiere a sus fundamentos y a sus orígenes. Por eso, siempre conviene acercarse a él con toda la prudencia, pues no pueden trasladarse instituciones ni sistemas con la misma facilidad con la que cabría hacerlo con países pertenecientes a una misma familia jurídica. Si bien es cierto que durante años fue EE.UU quien miró al derecho continental europeo y, en concreto, al derecho administrativo para la formación de su ordenamiento jurídico, hoy son los países de la Europa continental y la propia Unión Europea, como institución, quienes miran al derecho administrativo vigente en EE.UU y, en concreto, al derecho de la regulación y a todos los medios que están al servicio del mismo, como es el arbitraje.

La realidad es que las implicaciones tradicionales del modelo de Estado social de los países que componen hoy la Unión Europea están quedando obsoletas, pues para una más eficiente y rentable prestación de los servicios interés general el Estado ha decidido dar un paso atrás y dejar a los operadores privados prestar esos servicios, y ser el garante de estos a través de la actividad reguladora<sup>3</sup>. Esa realidad, exige adaptar la regulación a los nuevos sujetos prestadores de los servicios, a sus exigencias, tiempos y necesidades, pues esos operadores privados demandan herramientas jurídicas flexibles no solo que no obstruyan su crecimiento económico, sino que lo potencien. Y entre esas herramientas aparecen con gran oportunidad los métodos alternativos de resolución de conflictos y más concretamente el arbitraje.

## II. LA IRRUPCIÓN DEL MOVIMIENTO ADR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos, la historia del Derecho administrativo va intrínsecamente aparejada a la historia de las agencias. El radical liberalismo que imperaba en la conciencia americana impedía cualquier tipo de intervención pública sobre el tráfico económico, y solo en situaciones contrarias a Derecho se permitía la intervención del poder judicial mediante el *due process of law*. Es a partir del conocido caso *Munn vs. Illinois* (1871) cuando empieza la regulación de ciertos sectores económicos con el fin de proteger los intereses generales (las *public utilities*) que estaban en juego. Es así como nacen las agencias reguladoras en Estados Unidos, organismos administrativos especializados e independientes del poder ejecutivo, que no hacen sino ejercer los tres poderes que les han sido delegados por el Parlamento: el *licensing power*, el *ratemaking power* y el *power over business practices*<sup>4</sup>. Podría decirse que ahí, el derecho administrativo tiene por objeto el estudio de las agencias y su configuración en el sistema de tres poderes definidos y delimitados por la Constitución norteamericana de 1787.

---

<sup>3</sup> ESTEVE, *La nueva relación*, 2013.

<sup>4</sup> En 1887 se creó la primera agencia reguladora, la *Interstate Commerce Commission* (en adelante, ICC). La ICC era de carácter federal y tenía por objeto la actividad comercial entre Estados y, en concreto, el transporte en ferrocarril, sector que como ya se ha indicado provocó el primer pronunciamiento de la *Supreme Court* (*Munn vs. Illinois*) sobre la legitimidad del poder público para intervenir en los sectores público-económicos. Después, irían creándose otras importantes agencias como la *Federal Communications Commission*, la *Federal Energy Regulatory Commission*, la *Civil Aeronautics Board*, la *Securities and Exchange Commission*, la *Environmental Protection Agency* (EPA), entre otras.

La diferencia principal entre el sistema norteamericano y el sistema tradicional del *droit administratif* reside, precisamente, en esa neutralidad, en esa independencia de las agencias respecto del Estado. Sin embargo, a pesar de esta importante diferencia, el procedimiento administrativo aparece –como, por otra parte, ocurre en el sistema continental europeo- como un sistema de garantías para los operadores jurídicos y como un medio para evitar, en lo posible, la jurisdicción<sup>5</sup>. De modo que en Estados Unidos existe una vía administrativa que está regulada por la *Administrative Procedure Act*<sup>6</sup> (en adelante, APA), y también existe -como en el derecho continental europeo- un control jurisdiccional de la actuación administrativa, pero no en la misma forma, pues no existe una jurisdicción especializada para resolver los conflictos en que está presente un poder público.

Sin embargo, aunque la norma de procedimiento administrativo norteamericano nació con el fin de evitar los excesos burocráticos y para establecer un sistema de respuestas rápidas y eficaces a los problemas que se planteaban entre las agencias y los operadores jurídicos, la interpretación judicial de la norma a la luz de la cláusula constitucional del *due process* afectó negativamente al procedimiento administrativo. Así las cosas, la APA acabó “*generando una judicialización atemorizadora e impracticable del sistema administrativo en muchos casos*”<sup>7</sup>. Esta circunstancia fue la que provocó que emergiera con fuerza el movimiento conocido como *Alternative Dispute Resolution*, un movimiento que fue promovido e impulsado por la *Administrative Conference of the United States (ACUS)*<sup>8</sup> con el fin de que las agencias resolvieran por esos medios no solo los conflictos derivados de las resoluciones administrativas (*adjudication*), sino también aquellos que surgieran en el procedimiento de elaboración reglamentaria (*rulemaking*).

La ACUS llevó a cabo una gran labor de promoción a través de innumerables estudios, publicaciones científicas y recomendaciones. La recomendación que mayor impacto tuvo a efectos de la implantación de los *Alternative Dispute Resolution* en el Derecho administrativo en relación con la *adjudication* fue la *Recomendación 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*, 1986, pues en respuesta a esta recomendación el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990* (en adelante, *ADR Act* de 1990), con un periodo de prueba de cinco años, y que se encuadró en el Capítulo 5 del Título 5 del Código de los Estados Unidos.

## 1. LA ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT DE 1990

La *ADR Act* de 1990 es una norma innovadora que establece el marco normativo necesario para que las agencias puedan comenzar a hacer uso de los *ADR* dentro de sus propios ámbitos de actuación. La norma define los medios alternativos de resolución de conflictos como todos aquellos procedimientos sustitutivos de una resolución administrativa para resolver controversias, entre los que se encuentran las negociaciones, la conciliación, la facilitación, la mediación, la determinación de hechos, los mini-juicios y el arbitraje, entre otros; dedicando una de sus secciones más extensas a la regulación

---

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Algunas reflexiones”, *RAP*, 241-259.

<sup>6</sup> *The Federal Administrative Procedure Act*, Título 5 del Código de los Estados Unidos, secciones 550-566, en virtud de la *Public Law* nº 404-79.

<sup>7</sup> DELGADO PIQUERAS, “La Administrative”, *RAP*, 1993, 563.

<sup>8</sup> La ACUS fue creada por Ley en 1964 como una agencia independiente del gobierno para promover la eficiencia en los procedimientos administrativos de las Agencias.

del arbitraje administrativo. Entre lo que podríamos dar en llamar disposiciones generales, la norma establece la voluntariedad como requisito esencial para que proceda el recurso a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siendo, pues, siempre necesario el acuerdo previo entre las partes.

La sección 2 de la *ADR Act* de 1990 recoge las causas que llevaron al Congreso de los Estados Unidos a aprobar la norma. Entre esas causas destacan principalmente, la lentitud y el coste de los procedimientos administrativos<sup>9</sup>; la eficacia probada de los mecanismos de alternativos de resolución de conflictos en el ámbito privado; la idoneidad de esos métodos, al entender que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos pueden ofrecer resultados más creativos, eficientes y prudentes; la capacidad de adaptación de los mecanismos alternativos a la jurisdicción, que pueden ser utilizados en una amplia variedad de controversias administrativas; y, finalmente, la ambigüedad de la potestad de las agencias<sup>10</sup>. La asunción de los métodos alternativos de resolución de controversias en el ámbito del derecho administrativo trae causa, pues, tanto de la grave o poco deseable situación de los procedimientos administrativos, pero también en la misma idoneidad de los esos mecanismos para dar soluciones más eficaces y flexibles. Podría decirse que de alguna manera se consideran mejores, pero por la misma naturaleza de estos, no solo por la situación coyuntural en la que se puede encontrar en un determinado momento la “justicia” administrativa.

En la misma sección 3 la norma insta a todas las agencias a promover el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos mediante la adopción de un programa especializado. El desarrollo del programa deberán hacerlo las agencias examinando los métodos alternativos a la jurisdicción en conexión con la realidad administrativa de las agencias: los procedimientos formales e informales de aprobación de actos administrativos; con el procedimiento reglamentario; la ejecutividad; la concesión y revocación de autorizaciones; con los contratos administrativos; y en relación con los litigios en los que esté involucrada la agencia y cualesquiera otras actividades de la agencia.

Resulta interesante el hecho de que la norma erija a la ACUS y al *Federal Mediation and Conciliation Service* como principales organismos de apoyo, coordinación y asesoramiento a las agencias para el óptimo desarrollo de los programas de implantación de los mecanismos de ADR. Con ello se pone de manifiesto la decidida voluntad del legislador de promover estos métodos alternativos de resolución de conflictos en los ámbitos de actuación de las agencias. Esa misma determinación queda relegada en la norma cuando ordena a los directores de las agencias que designen un *senior official*, que será un empleado de las agencias, para que se especialice en la resolución de los conflictos de la propia agencia y el encargado de promover la implantación de estos medios en su seno. Y con el ánimo de que la implantación de los programas en el seno de las agencias tenga un resultado exitoso, la Ley ordena que cada una de las agencias se provea de un plan de formación básico en métodos alternativos de resolución de controversias dirigido,

---

<sup>9</sup> Con palabras del propio legislador: “*Los procedimientos administrativos se han hecho crecientemente formales, costosos y largos con el resultado de innecesarios costes de tiempo y una decreciente probabilidad de alcanzar una resolución consensual de las disputas.*”

<sup>10</sup> El legislador establece en el punto 6 de la sección segunda que “*la autorización explícita para el uso de técnicas bien contrastadas de resolución de conflictos eliminará la ambigüedad de la potestad de las agencias conforme a la legislación existente.*”

no solo al *senior official*, sino también a todos aquellos empleados que puedan intervenir en el desarrollo del programa.

En cuanto al ámbito de aplicación material de la norma, resulta interesante y revelador el hecho de que el legislador americano haya optado por el criterio de dejar a la libre elección de las partes el ámbito de aplicación de los métodos alternativos a la jurisdicción, sin más límites que los previstos en la propia norma, unos límites muy amplios y que poco o nada coartan la libertad de las partes. En su sección 582 la norma establece la prohibición del recurso a los ADR cuando:

- “1. Se requiera una resolución definitiva o interpretativa del asunto con valor de precedente, y semejante procedimiento resulta improbable que sea generalmente aceptado como un precedente interpretativo.*
- 2. El asunto implique o pueda afectar a trascendentes cuestiones de política de Estado que requieran procedimientos adicionales antes de que una resolución final pueda ser tomada, y el procedimiento alternativo de resolución de conflictos probablemente no serviría para desarrollar un programa recomendado para la agencia.*
- 3. El mantenimiento de criterios establecidos sea de especial importancia, de modo que las variaciones entre decisiones individuales no se vean aumentadas y el mecanismo de ADR no alcanzaría probablemente resultados homogéneos entre las decisiones individuales.*
- 4. El asunto afecte significativamente a personas u organizaciones que no son partes en el procedimiento.*
- 5. Un expediente público completo del procedimiento sea de especial importancia, pues los procedimientos de ADR no son susceptibles de proporcionar esa publicidad.*
- 6. La agencia involucrada en el conflicto deba mantener su jurisdicción sobre la cuestión y de ese modo alterar la disposición del asunto a la luz del cambio de circunstancias, de modo que un procedimiento de ADR interferiría en el cumplimiento de esa obligación de la agencia.”*

A continuación, la norma establece los rasgos definidores de la figura del tercero imparcial (*neutral*) y aborda la cuestión de la confidencialidad en este tipo de procedimientos. Conviene señalar la atención que la norma presta a dos materias muy concretas, por considerarlas especialmente idóneas de arbitraje: la contratación pública y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Como se verá, la utilización del arbitraje administrativo ha tenido una especial relevancia en todo lo relativo a estas dos materias. La sección 6 de la *ADR Act* de 1990 enmienda la *Contract Disputes Act* animando a los empleados y órganos de contratación de las agencias a solucionar sus controversias en materia de adjudicación a través de los medios consensuales. La letra b) de la sección 6 autoriza específicamente a utilizar los mecanismos alternativos a la jurisdicción, incluyendo el arbitraje, en las controversias contractuales. A su vez, la norma en la sección 8 reforma la *Federal Tort Claims Act*, autorizando a las agencias a que resuelvan a través de los medios ADR las reclamaciones por responsabilidad patrimonial que puedan derivarse de su actuación.

En cuanto a la representación de las partes, la sección 9 establece la posibilidad de que en algunos casos los representantes de las partes puedan ser personas que no sean abogados. En este sentido, la norma exhorta a las agencias a desarrollar un plan paralelo

al programa general de implantación de los medios alternativos de resolución de controversias, en el que se establezca en qué medida las partes podrán ser representadas por abogados o por personas que no lo sean, y en qué casos la representación tendrá que asumirla ineludiblemente un abogado por la complejidad de la materia o del propio procedimiento.

## 2. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN LA *ADR ACT* DE 1990

La norma presta una especial atención al arbitraje. El arbitraje que se recoge en la *ADR Act* de 1990 es un arbitraje que sustituye a la vía administrativa y a la vía judicial a la vez, motivo por el cual parece adecuada la denominación de este como de arbitraje administrativo.

Como premisa, la norma señala que el recurso al arbitraje debe ser voluntario en todo caso, siendo necesario el acuerdo escrito de las partes, y pudiendo el acuerdo tener lugar tanto antes como después de haber surgido el conflicto. Se prevé, en la sección 585, la posibilidad de que una parte pueda aceptar “*remitir solo ciertos asuntos en controversia al arbitraje; o bajo la condición de que el laudo deba ser una lista de posibles resultados.*” Con el fin de proteger el principio de voluntariedad del arbitraje la norma declara expresamente que las agencias no podrán imponer el arbitraje como condición a las partes para poder celebrar un contrato u obtener una prestación. Por su parte, además, desde el lado de la agencia, un empleado de una agencia puede proponer el uso del arbitraje solo cuando tenga competencia para llegar a un acuerdo relativo al asunto o esté específicamente autorizado por la agencia para consentir el uso del arbitraje.

La *ADR Act* de 1990 define al *neutral* como la persona encargada de resolver una controversia. Así, los árbitros elegidos por las partes serán los “neutrales” encargados de decidir sobre el conflicto surgido entre ellas y cuya regulación se establece en la sección 583, sección que señala que cualquier persona designada de mutuo acuerdo por las partes puede ser árbitro, ya sea un empleado público o una persona privada. También se habilita a las partes para que puedan elegir a más de un árbitro, normalmente un número impar, para que sea un Tribunal, y no solo una persona, quien se encargue de dirimir las disputas entre las partes. El *neutral* deberá ser totalmente imparcial, de modo que no deberá tener conflictos de intereses oficiales, económicos o personales, a menos que se los haya comunicado a las partes y estas no hayan mostrado su oposición a que sea él mismo quien desempeñe las funciones de árbitro.

Por su parte, en el procedimiento arbitral rigen el principio antiformalista, el de contradicción y el de igualdad de las partes. En este sentido, la norma, para preservar el principio de igualdad en la defensa, prohíbe expresamente las comunicaciones *ex parte*, que son aquellas comunicaciones realizadas por alguna de las partes al árbitro fuera del acto de la audiencia, comunicaciones que solo podrán tener lugar cuando las partes hubieren consentido previamente en ellas [sección 589 d)] .

El árbitro deberá emitir el laudo en un plazo máximo de treinta días a contar desde la fecha de conclusión de la audiencia o desde el día en que se presentó cualquier escrito del árbitro autorizado y posterior a aquella, salvo que las partes hubieran pactado otro plazo o la agencia estableciera otro límite de tiempo. El laudo será firme a los treinta días de haberse comunicado a todas las partes, automáticamente vinculante para ellas y

plenamente ejecutable. Sin embargo, la Ley señala que las agencias podrán ampliar este plazo en otros treinta días más.

La *ADR Act* de 1990 prevé la posibilidad de que los laudos puedan revisarse judicialmente; sin embargo, esa revisión solo será posible cuando concorra alguna de las causas que prevén las secciones 9 a 13 del Título 9 de USC. En concreto, la sección 10 del Título 9 señala que el Juzgado del Distrito de los Estados Unidos que resulte competente podrá anular el laudo a solicitud de parte en los siguientes casos:

- El laudo se hubiera hecho con fraude o corrupción.
- El órgano arbitral hubiere actuado con parcialidad o corrupción.
- El árbitro o árbitros hubieren retrasado la vista o la presentación de alguna de las pruebas, o hubieren perjudicado de cualquier otra forma los derechos de las partes.
- El órgano arbitral se hubiere excedido en sus poderes o los hubiere ejecutado imperfectamente.

Además, el Juzgado del Distrito de los Estados Unidos perteneciente al Distrito en que el laudo fue emitido podrá declarar la nulidad del laudo a solicitud de un tercero que sin ser parte en el arbitraje se haya visto afectado o agraviado por el mismo, siempre y cuando el propio arbitraje o el laudo sean claramente contrarios a los criterios expuestos en la sección 582 del Título 5, que se ha destacado más arriba.

La Ley Federal de Arbitraje es de aplicación supletoria en lo no previsto por la *ADR Act* de 1990. De modo que en relación con el arbitraje será de aplicación lo dispuesto en el título 9 del USC dedicado al arbitraje en general, interesando destacar aquí lo dispuesto en la sección 11 de su capítulo primero que dispone que el Juzgado competente pueda ordenar la modificación o corrección del laudo cuando:

- Existiera un error material de cálculo o descripción de personas, cosas o propiedades.
- El árbitro o árbitros se hubieren decidido sobre cuestiones que no les fueron sometidas.
- El laudo tuviera defectos formales o materiales.

El que la *ADR Act* de 1990 solo prevea la posibilidad de la revisión judicial para el caso de que concurren causas de carácter formal resulta muy significativo en términos de constitucionalidad. En efecto, el planteamiento de un arbitraje de derecho público, sustitutivo de la vía administrativa y de la judicial, que solo permita la revisión del laudo por motivos formales a través de lo que en nuestro ordenamiento se da en llamar acción de anulación, no estaría bloqueando el mandato constitucional de control judicial de la actividad administrativa previsto en la sección 2 del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos.

Una de las peculiaridades más significativas que presentaba la *ADR Act* de 1990 es la facultad que se otorgaba a los directores de las agencias para cancelar un procedimiento arbitral, así como para anular un laudo que todavía no haya devenido firme, cuando así lo deseen. La decisión del director de una agencia de cancelar un procedimiento o de anular un laudo no estaba además sujeta a revisión judicial. Sin embargo, como se va a ver en seguida, la *ADR Act* de 1996 eliminó esta prerrogativa de las agencias,

precisamente porque esta previsión de la Ley hacía del arbitraje un instrumento poco atractivo para los particulares, lo que ahora demuestra que la constitucionalidad del sistema de arbitraje administrativo no dependía de que el director de la agencia tuviera la facultad de anular un laudo o cancelar un procedimiento arbitral. La *American Bar Association* urgió al Congreso para que reformara la Ley en este punto, entendiendo que esa prerrogativa desprestigiaba a la institución arbitral y que la convertía en inservible, pues de nada sirve acudir a un arbitraje si, una vez se ha emitido el laudo, una de las partes puede unilateralmente anularlo. La posición de supremacía en que se encontraban las agencias vulneraba, además, el principio de igualdad de partes que declaraba la propia Ley, principio que es esencial en la institución arbitral, por lo que, y como es lógico, esta circunstancia desincentivaba a los particulares a acudir al arbitraje administrativo.

En 1991 la *ADR Act* de 1990 sufrió pequeñas correcciones y modificaciones por parte de la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* de 1992 que trató de hacer una enumeración más sistemática de sus contenidos y que, a su vez, actualizó la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 .

Finalmente, conviene señalar, que dado que la norma no se pronunciaba sobre las influencias que sobre los *neutrals* tenía la *Freedom of Information Act* -norma que obliga a las agencias a mantener públicas ciertas informaciones- ocurría que algunas comunicaciones en el seno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos corrían el riesgo de salir a la luz, comprometiendo la confidencialidad que este tipo de métodos *a priori* requerirían.

### 3. LA *ADR ACT* DE 1996

Cuando se hubo cumplido el periodo de prueba de cinco años de la *ADR Act* de 1990, en 1996 el Congreso aprobó la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (en adelante, *ADR Act* de 1996) para dotar a la anterior de vigencia indefinida, aunque reformándola en algunos puntos. La reforma fue abordada por el Congreso con la intención de devolverle el prestigio a la institución arbitral, de modo que los ciudadanos se decidieran a acudir a ella sin recelos.

#### A) *La ejecutividad directa del laudo*

La *ADR Act* 1996 suprimió la potestad de la agencia para cancelar un procedimiento arbitral y anular un laudo antes de devenir firme. Como es lógico, y como previó la *American Bar Association*, la eliminación de esta prerrogativa tuvo un efecto muy positivo en los particulares cuando se trataba de decantarse o por los métodos previstos en la norma o por el procedimiento administrativo ordinario y posteriormente por la jurisdicción.

En relación con el arbitraje administrativo y, en concreto, con el arbitraje vinculante, se plantearon en su momento algunos problemas de carácter constitucional, en relación con los artículos II y III de la Constitución de los Estados Unidos . El artículo II que regula el poder ejecutivo, otorga al Presidente de la nación la potestad de nombrar a los miembros del Gobierno y a todos los funcionarios del Estado. El artículo III, por su parte, relativo al poder judicial, concede a este poder la competencia para conocer las controversias en que los Estados Unidos sean parte.

En relación con el artículo II, las dudas se planteaban en torno a la figura del neutral privado, al que se estaba encomendando la toma de decisiones de carácter público. Sin embargo, este escollo quedó salvado con el principio de voluntariedad que debe regir el arbitraje en EE.UU, pues se consideró que si las partes son las que deciden libremente que sea un *neutral* privado quien resuelva sus disputas, nada hay que oponer a eso; distinto sería un régimen obligatorio de arbitraje. Además, la *ADR Act*, con el fin de blindar la constitucionalidad del sistema, prevé tal y como ya se ha destacado, la posibilidad de que las partes y, por tanto, también la agencia parte en el procedimiento, pueda acordar someter solamente a arbitraje ciertos asuntos, o acordar el arbitraje con la condición de que el laudo esté dentro de una lista de posibles resultados. Otra garantía de constitucionalidad del sistema es la posibilidad que tienen las partes y, por tanto, también la agencia, de recurrir la decisión del árbitro para su revisión judicial cuando concurren las causas tasadas para ello.

En cuanto al artículo III de la Constitución americana, este concede al poder judicial la potestad para enjuiciar los casos en que los Estados Unidos sean parte. Aquí se plantearon las mismas dudas de constitucionalidad que se plantean hoy en nuestro sistema en relación con el artículo 106.1 CE, y que se han despejado en trabajos anteriores<sup>11</sup>. El control judicial sigue siendo efectivo y real desde el momento en que la Ley prevé la posibilidad de una revisión judicial del laudo por la existencia de unas causas concretas.

En este sentido, para despejar cualquier duda de carácter constitucional, la *ADR Act* de 1996 introduce una novedad importante relativa a la autorización del arbitraje y es que antes de usar el arbitraje vinculante, el responsable de la agencia, en consulta con el *General Attorney*, y después de tener en cuenta los casos en que no se podrá acudir a arbitraje previstos en la sección 572 b), emitirá directrices sobre el uso apropiado del arbitraje vinculante y sobre cuándo un empleado de la agencia tiene autoridad para resolver un asunto en controversia a través del arbitraje vinculante.

### B) *La confidencialidad*

La nueva norma también despejó las dudas que giraban en torno a la confidencialidad. En efecto, la norma, por un lado, exceptúa de la aplicación de la *Freedom of Information Act* las comunicaciones de los neutrales y, por otro, decreta expresamente la confidencialidad en las comunicaciones que tienen lugar entre los neutrales y las partes. En concreto, la reforma prohíbe que el neutral y las partes revelen ningún tipo de información que se hubiere vertido en los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, señalando que la utilización de informaciones indebidamente desveladas no podrá ser admitida, en ningún caso, en el seno del procedimiento, siempre que esas informaciones no se hubieren podido conocer por otros medios.

La confidencialidad es un asunto muy delicado en el arbitraje en general, pero en especial en la mentalidad norteamericana, donde la privacidad y el respeto a la misma se erigen como unos de los pilares básicos de su sistema y del estilo de vida norteamericano. Ello explica la detallada regulación que la *ADR Act* de 1996 hace sobre este punto. Entre los puntos más relevantes en relación con el tratamiento que se da a la confidencialidad en la sección 574 del Título 5 del Capítulo 5 del Código de los Estados Unidos, pueden señalarse tres.

---

<sup>11</sup> BALLESTEROS, *El arbitraje*, 2017.

En primer lugar y en relación con la figura del neutral, la regla general es que cuando ejerza sus funciones en un procedimiento de resolución de conflictos, no podrá, en modo alguno, revelar voluntariamente, ni tampoco podrá ser requerido a desvelar, en las fases de investigación o de ejecución, ninguna comunicación que haya recibido confidencialmente, salvo que:

- Las partes y el neutral hubieren dispuesto lo contrario por escrito.
- La comunicación se hubiere hecho pública con anterioridad.
- La comunicación realizada en un procedimiento de ADR deba ser hecha pública por mandato legal.
- Un Tribunal determine que dicha revelación es necesaria para o bien impedir una injusticia manifiesta; bien para ayudar a terminar una vulneración de la Ley; o ya fuere para impedir daños a la salud o seguridad pública.

En segundo lugar, en cuanto a las obligaciones de las partes en relación con la confidencialidad la regla general es que, al igual que el neutral, ninguna parte podrá revelar voluntariamente, ni tampoco ser requerida a desvelar en un proceso de investigación o de ejecución, comunicación alguna que se haya realizado en el mismo, salvo que:

- La parte hubiera preparado la comunicación con la intención de revelarla.
- Las partes hubieren consentido por escrito en la revelación.
- La comunicación ya hubiere sido hecha pública.
- La comunicación realizada en un procedimiento de ADR deba ser hecha pública por mandato legal.
- Un Tribunal determine que dicha revelación es necesaria para:
  - a) o impedir una injusticia manifiesta;
  - b) o ayudar a terminar una vulneración de la Ley;
  - c) o impedir daños a la salud o seguridad pública.
- La comunicación sea relevante para determinar la existencia o significado de un acuerdo o laudo que resulte del procedimiento de resolución de conflictos o para la ejecución de dicho acuerdo o laudo.
- Excepto cuando se trate de comunicaciones hechas por un neutral, cuando la comunicación fue dada o estuvo disponible para las partes durante el procedimiento de resolución del conflicto.

Finalmente, la norma dispone que cualquier comunicación que se hubiere hecho vulnerando estas reglas sobre la confidencialidad no podrá ser admitida en ningún procedimiento relacionado con los asuntos en controversia respecto de los cuales se hizo la comunicación. Llama la atención que la *ADR Act* prevea la posibilidad de que las partes puedan configurar un régimen de confidencialidad alternativo siempre y cuando no reduzca la protección prevista por la norma.

Como puede apreciarse, la confidencialidad es un asunto que fue tratado al detalle por la norma. Se comprendía que se trataba de un tema muy delicado del que dependía el éxito de los métodos alternativos de resolución de controversias. Y es que, en efecto, la confidencialidad de las comunicaciones da seguridad a las partes y crea un clima de confianza al permitirles mostrar sus puntos de vista y negociar como prefieran, sin miedo a que ello pueda ser luego utilizado en su contra. Este punto resulta especialmente

interesante y plantea serias dudas legales y constitucionales cuando se plantea para el ordenamiento jurídico español. Así, inmediatamente surge la duda en torno a la cuestión de si debe existir confidencialidad sobre asuntos de carácter administrativo, donde el interés público está en juego ¿no deberían tener derecho los ciudadanos, parte afectada en todo conflicto de Derecho administrativo, a conocer lo que se decide en el mismo?

#### 4. EL PAPEL DE LA *ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES* (ACUS)

Debe subrayarse aquí el papel primordial que tuvo la ACUS en la potenciación de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de las agencias.

Sus recomendaciones impulsaron la aprobación por el Congreso de la *ADR Act* 1990. La ACUS, además, por disposición de la norma de 1990, ejerció las labores de asesoramiento y coordinación de las agencias en la implantación de los métodos alternativos a la jurisdicción y, a su vez, llevó a cabo la recopilación y la evolución de los datos en lo que a la aplicación de la Ley se refería.

No obstante, pese a la trascendental labor que llevó a cabo la ACUS durante más de treinta años, en 1995 la institución fue suprimida a consecuencia de una serie de recortes presupuestarios acordados por el gobierno federal. De ahí que una de las modificaciones que introdujo el *ADR Act* 1996 fuera la de adaptar el texto de la norma a la desaparición de la ACUS<sup>12</sup>. Con la desaparición de la ACUS, el Departamento de Justicia, a instancias del presidente WILLIAM J. CLINTON, asumió la dirección del *Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group* (IADRWG), comité creado en 1998, formado por los representantes de las distintas agencias y que vino a sustituir a la ACUS en sus funciones y que, por tanto, se hizo con la coordinación y promoción de los programas de ADR en las agencias. Desde entonces la institución ha desempeñado una importante y notable labor a través del *Federal Alternative Dispute Resolution Council*.

#### 5. IMPLEMENTACIÓN DE LA *ADR ACT*

La asunción por parte de las agencias de la *ADR Act* de 1990 fue exitosa. Las agencias acudieron a los medios alternativos de resolución de conflictos para resolver controversias de carácter contractual, laboral en el seno de la propia agencia, así como para la resolución de los problemas que pudieran plantearse entorno a la aplicación de leyes federales.

De acuerdo con el informe de la ACUS de 1995, en ese mismo año, diecinueve agencias declararon haber implementado los medios ADR en la resolución de sus conflictos contractuales. *The Army Corps of Engineers*, por ejemplo, había resuelto, entre 1990 y 1994, cincuenta y tres controversias a través de los métodos de ADR. A su vez, el *Department of Veterans* resolvió diecinueve reclamaciones contractuales a través de procedimientos de ADR de dos días de duración, cuando habitualmente dicho procedimientos tenían una duración media de seis semanas. En el informe se señala, asimismo, la rapidez con la que se resolvió un conflicto de construcción de veinticuatro millones de dólares que hubiera llevado años resolver por los medios tradicionales. El Gobierno federal recurrió también a los mecanismos ADR para resolver algunas de sus disputas laborales (*equal employment opportunity*, EEO).

---

<sup>12</sup> Aunque 15 años más tarde, en 2010, la ACUS fue refundada, nunca volvió a recuperar sus funciones respecto a la promoción de los ADR.

Los métodos alternativos a la jurisdicción y, en concreto, el arbitraje en el ámbito administrativo, han tenido una gran acogida en todas aquellas cuestiones relativas a los contratos administrativos y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración. A su vez, las agencias se dieron cuenta de que muchos procedimientos de ejecución se prestaban a esos mecanismos, pues era una manera eficaz de encontrar soluciones rápidas y duraderas. Y, precisamente, por esa misma razón, despertaron especial interés en los asuntos en los que se encontraban involucrados un gran número de intereses contrapuestos, como eran los asuntos relativos al medio ambiente.

#### A) *Contratación pública*

En cuanto al ámbito de la contratación pública, la *ADR Act* viene a proponer la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de controversias con carácter alternativo al procedimiento ordinario previsto por la *Contract Disputes Act* de 1978 .

En un primer momento, el procedimiento de resolución de disputas contractuales tenía carácter exclusivamente judicial. Sin embargo, la lentitud y el coste con que muchas veces se resolvían los procedimientos, provocó la creación, por parte de la *Contract Disputes Act* de 1978, de un sistema de recurso en vía administrativa. A través de este sistema se concede al contratista, en caso de conflicto, la posibilidad de recurrir ante el órgano de contratación y de recurrir, posteriormente, la decisión de este ante la *Agency Boards of Contract*, que no es sino un órgano de apelación administrativo. Las partes podrán recurrir la decisión del Tribunal de apelación ante un tribunal judicial jurisdiccional, el *United States Court of Claims*.

A pesar de que, en su momento, las reformas de la *Contract Disputes Act* de 1978 tuvieron efectos muy positivos, pronto el procedimiento se burocratizó demasiado y el nivel de litigiosidad creció desmesuradamente; de ahí que la introducción de la alternativa de los métodos de ADR para la resolución de conflictos contractuales haya sido tan bien recibido por parte de los operadores jurídicos y de las propias agencias.

La *ADR Act* de 1990 enmienda la sección 6 de la *Contract Disputes Act*, codificada en el Título 41 del Código de los Estados Unidos, añadiendo a la sección 605, una subsección:

*“d) Sin perjuicio de cualquier otra previsión de esta Ley, un contratista y un funcionario contratante pueden usar para resolver posibles reclamaciones cualquiera de los medios alternativos de resolución de conflictos regulados en el subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, u otros procedimientos acordados mutuamente. (...)Todas las previsiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, se aplicarán a dichos medios de resolución de conflictos.”*

Queda enmendada también la sección 8 de la *Contract Disputes Act*, añadiéndose al final de esta un nuevo párrafo:

*“3)Un laudo emitido por un árbitro de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley podrá ser revisado de acuerdo con las secciones 9 a 13 del Título IX, del Código de los Estados Unidos, excepto que el tribunal pueda*

*anular o limitar cualquier laudo que considere infractor de las limitaciones impuestas por una ley federal.”*

Estas enmiendas llevadas a cabo por la *ADR Act* de 1990 sobre la *Contract Disputes Act de 1978* encuentran su causa en la promoción que de los métodos alternativos en el ámbito de la contratación pública hizo la ACUS en los años 80, en concreto a través de dos recomendaciones muy específicas: la *Recommendation 87-11: Alternatives for resolving government contract dispute*; y la *Recommendation 89-2: Contracting officers' management of disputes*.

La norma exige para poder utilizar el arbitraje vinculante, que el director de la agencia, en consulta con el abogado general, haya publicado previamente las orientaciones pertinentes sobre el uso apropiado de la ADR. El acuerdo de arbitraje debe siempre constar por escrito y especificar los límites máximos del laudo y cualesquiera otras condiciones que limiten el rango de posibles resultados.

El informe publicado por el presidente de la ACUS, *Toward Improved Agency Dispute Resolution, Implementing the ADR Act (1995)*, reveló que los conflictos público-contractuales fueron una de las áreas en que los métodos alternativos de resolución de controversias tuvieron mayor éxito desde la aprobación de la *ADR Act* de 1990. Recuérdese, el informe resaltó que, durante ese periodo de cinco años, diecinueve agencias militares y civiles hicieron uso de los métodos de ADR e informaron sobre el uso de una amplia variedad de técnicas de resolución de conflictos, incluyendo la mediación, los mini-trials, dispute review boards, conciliación judicial y el arbitraje no vinculante.

#### B) *Responsabilidad patrimonial de la Administración*

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, la *ADR Act* lleva a cabo dos importantes reformas del Código de los Estados Unidos: una que afecta a las reclamaciones dirigidas contra los Estados Unidos, y otra concerniente a las reclamaciones que pueden llevar a cabo los Estados Unidos, y ello debido a que la cuantía de las indemnizaciones es susceptible de negociación.

En relación con las reclamaciones patrimoniales contra los Estados Unidos de la sección 2672 del Título XXVIII del Código de los Estados Unidos establece que el responsable de una agencia puede aceptar una resolución, adoptar un compromiso o llegar a un acuerdo sobre una reclamación por daños contra los Estados Unidos, cuando hubieren sido causados por la negligencia, el error o la omisión de un empleado público en el ejercicio de sus funciones. En caso de que la reclamación excediere de los 25.000 dólares será necesaria la previa autorización escrita del *Attorney General* o persona por él designada, para que puedan ser efectivos esos, compromisos, resoluciones o acuerdos.

La *ADR Act* reformó la sección 2672 añadiendo un segundo párrafo. Ahí se autoriza a los responsables de las agencias tanto a aceptar resoluciones, compromisos o acuerdos, como a acudir a los métodos alternativos para la resolución de conflictos sobre reclamaciones contra los Estados Unidos, sin necesidad de contar con la previa autorización escrita del *Attorney General*, en tanto en cuanto el *Attorney General* hubiere delegado en el responsable de la agencia dicha competencia. Sin embargo, la reforma matiza que esta delegación hecha al responsable de la agencia no podrá exceder de las competencias

delegadas a los abogados de los Estados Unidos por el abogado general, en lo relativo a la adopción de acuerdos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados Unidos. En concreto, en el precepto se lee:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto con anterioridad, cualquier resolución, compromiso o acuerdo pueden ser aceptados sin la previa autorización escrita del Attorney General o persona por él designada, en la medida en que el Attorney General delegue en el responsable de la agencia la competencia para aceptar dicha resolución, compromiso o acuerdo. Tales delegaciones no podrán exceder de las competencias delegadas por el Attorney General en los abogados de los Estados Unidos para llegar a acuerdos sobre reclamaciones de dinero contra los Estados Unidos. Cada agencia federal puede usar el arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos conforme a las previsiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, en la medida de las competencias de cada agencia para aceptar una resolución, compromiso o acuerdo sobre dicha reclamación sin la previa autorización escrita del Attorney General o persona por él designada.”*

De modo que con la introducción de este apartado puede entenderse que en materia de responsabilidad patrimonial de la administración hasta la cantidad de 25.000 dólares el responsable de una agencia puede llegar a un acuerdo, compromiso o aceptar una resolución sin necesidad de delegación; y, a partir de los 25.000 dólares, el responsable de la agencia debe tener la competencia delegada del abogado general para poder llegar a esos acuerdos, compromisos o resoluciones, sin que la delegación pueda exceder el límite de lo delegado a los abogados de los Estados Unidos para la negociación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, en cuanto a las reclamaciones que lleven a cabo los Estados Unidos, la *ADR Act* modifica la sección 3711.a) 2) del título 31 del Código de los Estados Unidos, aumentando de 20.000 dólares a 100.000 o cantidad superior que fije el *Attorney General*, la cantidad a partir de la cual el responsable de la agencia puede aceptar una resolución.

En definitiva, el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido considerado en EE.UU como un ámbito especialmente propicio para la implementación de los mecanismos alternativos de resolución de controversias. Así lo demuestra, por un lado, tanto el margen de discrecionalidad que se deja al responsable de la agencia para optar por alguno de las vías ADR en las reclamaciones contra los Estados Unidos; y, por otro, la opción del legislador por aumentar el límite de la cuantía susceptible de ser sometida a ADR en las reclamaciones de los Estados Unidos. Ambas opciones del legislador ponen, pues, de manifiesto la confianza que generan estas vías de resolución de conflictos cuando se trata de la reclamación de cantidades dinerarias.

### C) *Medio ambiente*

La *ADR Act* de 1990, y su posterior versión de 1996, han tenido un fuerte impacto en materia medio ambiental. La complejidad de la materia y el gran número de intereses afectados en un conflicto medio ambiental, así como la siempre lenta y costosa vía judicial provocaron que la legislación medioambiental y la U.S. *Environmental Protection Agency* (en adelante, EPA) impulsaran las técnicas alternativas a la

jurisdicción y tuvieran un gran éxito. Esos mecanismos tienen un especial protagonismo en materia de responsabilidad por daños provocados a los recursos naturales, tal como demuestra *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA), comúnmente conocida como la *Superfund*. En virtud de esta norma, y con las modificaciones hechas en 1986 por la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, se impulsó el uso de los mecanismos ADR entre la EPA y los operadores en el sector<sup>13</sup>.

La EPA ha sido una de las agencias que más ha desarrollado este tipo de métodos alternativos a la vía judicial para la resolución de controversias medioambientales y ha hecho uso de una gran variedad de métodos alternativos, incluida la conciliación, los mini-trials y la mediación. En el año 2000, la EPA publicó un documento en el que dejaba clara su idea respecto de los mecanismos alternativos a la jurisdicción y en el que fijaba sus principales líneas de actuación para promover el uso de esas técnicas en materia medioambiental, se trata de la *Policy on Alternative Dispute Resolution*. En el documento la agencia medioambiental norteamericana destaca, en primer lugar, las ventajas de la utilización mecanismos alternativos de resolución de conflictos en este ámbito entre las que destacan, además de las comunes y por todos conocidas (la rapidez con que se resuelven los conflictos y la mayor creatividad de las resoluciones, así como el mayor nivel de satisfacción de las partes respecto de las mismas), las siguientes:

- El fomento de una cultura de respeto y confianza entre la EPA, sus grupos de interés, y sus empleados.
- La mejora de las relaciones entre las partes.
- Una mayor probabilidad de cumplimiento de las leyes ambientales y sus disposiciones de desarrollo.
- Mayor apoyo de los interesados a los programas de la agencia; y mejores resultados ambientales.

Interesa aquí destacar la previsión de que los gastos asociados a los procedimientos de ADR, según prevé la *Policy on Alternative Dispute Resolution*, sean sufragados en parte o en su totalidad por la propia EPA. Además, en el mismo documento, la EPA creó un centro especializado -el *Conflict Prevention and Resolution Center* (CPRC)- como órgano de servicio y apoyo en las áreas de creación de consenso, la resolución de problemas de colaboración, la resolución alternativa de conflictos, y la resolución de conflictos ambientales. El CPRC desarrolla e implementa la política de ADR de la EPA, administra ampliamente los programas de ADR, coordina la gestión de casos y su evaluación y proporciona apoyo a las actividades específicas de los programas. El CPRC ayuda, a su vez, a otras oficinas de la EPA en el desarrollo de formas eficaces para prevenir, prevenir y resolver los conflictos; facilita, además, la formación necesaria a los potenciales neutrales para que estén lo mejor preparados para el desempeño de su misión; y, finalmente, ofrece formación al personal de las agencias encaminada a fortalecer la capacidad de negociación.

Especialmente interesante es el protagonismo que tiene la institución del arbitraje en materia medioambiental en Estados Unidos, aun cuando el método más utilizado por la agencia es el de la mediación. En este sentido, conviene destacar que la EPA en 1989,

---

<sup>13</sup> CRABLE, "A solution", *AJ*, 1993.

siguiendo las indicaciones de la CERCLA, aprobó una reglamentación- *Arbitration Procedures for Small Superfund Cost Recovery Claims* -sobre el uso del arbitraje en aquellos asuntos inferiores a los 500.000 dólares (sin contar intereses) .

El movimiento ADR irrumpió con fuerza no solo en el *decisionmaking* de la agencia, sino también en el ámbito de su potestad reglamentaria, a través de lo que se conoce como el *rulemaking*, que como ya se ha señalado antes, no es otra cosa si no la introducción de la negociación en la elaboración de las distintas regulaciones.

Así, la EPA ha promovido en los procedimientos de elaboración de las normas, la participación de sus principales destinatarios, y el resultado ha sido muy exitoso, con dos efectos importantes: por un lado, ha habido un acercamiento entre la agencia y los operadores del sector, mejorando así las comunicaciones entre partes habitualmente enfrentadas; y, por otro, debido al consenso conseguido en la elaboración de las normas, se ha reducido considerablemente el nivel de litigiosidad que provocan las normas propuestas.

Resulta, así, interesante la buena acogida que en el ámbito de la regulación medioambiental han tenido los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Parece que al tratarse de un ámbito donde es muy notable la pluralidad de intereses afectados, ello debería descartar la implantación de estos métodos, sin embargo, ha sido precisamente esa circunstancia, la que motivó su promoción. Y es que el legislador consideró que justamente porque en los asuntos medioambientales era muchos los intereses afectados, no convenía la lentitud con que estos se resolvían en la vía judicial.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, los métodos alternativos de resolución de conflictos y, en concreto, el arbitraje administrativo, tuvieron buena acogida en Estados Unidos y están hoy perfectamente asumidos en variedad de ámbitos. Como se ha podido comprobar, en este apartado se ha utilizado intencionadamente el calificativo de “administrativo”, en lugar de “público” para referirse al arbitraje, y ello se debe a que el arbitraje regulado por la *ADR Act* no es solo un método sustitutivo de la vía judicial, sino también y principalmente de la vía administrativa. La opción del legislador norteamericano encuentra su causa al detectar que los procedimientos administrativos se habían convertido en procesos excesivamente farragosos y largos. Así pues, se creyó conveniente articular un sistema de métodos alternativos de resolución de conflictos que sustituyera a la vía judicial y, en el caso del arbitraje, con la posibilidad de que el laudo produjera efectos de cosa juzgada, impugnable únicamente en los casos tasados por causas formales.

Las causas que llevaron al legislador a aprobar la *ADR Act* de 1990 resultan especialmente interesantes pues, aunque referidas algunas de ellas a los defectos de los procedimientos administrativos son plenamente trasladables a los procedimientos judiciales y, por tanto, sirven al análisis sobre la conveniencia de promover un arbitraje de derecho público en el ordenamiento jurídico español.

Son muchas las características que se han destacado en este estudio sobre el arbitraje de derecho administrativo norteamericano. En primer lugar, destaca la opción por una ley especial que regule el arbitraje administrativo. El legislador estadounidense no ha dudado en ningún momento sobre la conveniencia de que exista una legislación especial sobre la

materia. Las especialidades que presenta el derecho administrativo y la implicación del interés público han sido suficientes para que el legislador haya aprobado una ley específica de arbitraje administrativo, sin que la cuestión haya provocado siquiera un debate doctrinal. Se ha querido, por tanto, distinguir entre la *Federal Arbitration Act* de 1947 y la *ADR Act* 1996, teniendo, eso sí, la primera se aplicará con carácter supletorio en lo no previsto por la segunda.

Otro rasgo definitorio que presenta el arbitraje administrativo en Estados Unidos que merece la pena ser subrayado es el del principio de autonomía de la voluntad. Así, la voluntariedad debe estar en la base de cualquier compromiso arbitral o cláusula compromisoria para que el arbitraje entre una agencia y un particular pueda reputarse válido y plenamente constitucional de acuerdo con el artículo II y III de la Constitución norteamericana. Y es que el liberalismo americano lleva al legislador a actuar aquí bajo el principio de mínima intervención, también con las agencias; pues el hecho de que las agencias estén concebidas como entes independientes del poder ejecutivo minimiza al máximo las posibilidades de intervención del legislador.

En relación con el ámbito aplicación material resulta especialmente interesante el hecho de que el legislador deja a la libre decisión de las partes las cuestiones a someter a arbitraje, estableciendo únicamente en la sección 582 unos amplios límites a esta disponibilidad, entre los que destaca el legítimo interés de terceros en el procedimiento arbitral. En efecto, el principio de no afectación a terceros resulta esencial en coherencia con el principio de voluntariedad. Nótese que aun cuando se está frente a controversias de derecho administrativo, en las que está implicado el interés general, el legislador norteamericano no ha considerado que el mero interés general sea un interés legítimo que justifique la necesidad de autorización de todos los generalmente afectados. Solo quienes vieran la esfera vital de sus intereses afectados, serían pues los legitimados para oponerse a ese arbitraje. O dicho, de otra manera, no cabría recurso al arbitraje, sin el consentimiento expreso de esos terceros.

En cuanto a la impugnabilidad del laudo, la *ADR Act* se remite a las causas formales recogidas en las secciones 9 a 13 del Título 9 de USC, lo que evidencia que el legislador no ha creído necesario habilitar un sistema de recurso especial por tratarse de materias sujetas a derecho público, sino que ha preferido mantener las mismas causas previstas para el arbitraje privado.

En conclusión, si bien es cierto que muchas de las notas del arbitraje administrativo en Estados Unidos son consecuencia de su forma de organización y del liberalismo imperante en su mentalidad, otras muchas notas iluminan la cuestión cuando se trata el sistema continental europeo. La cuestión no es baladí, ofrecer a los operadores de los sectores regulados un adecuado sistema de resolución de conflictos es determinante para la eficacia en la prestación de los servicios de interés general. Resulta fundamental que la respuesta a los conflictos sea rápida y flexible, que vaya al compás del mercado. Por eso, estudiar la cuestión a la luz del ordenamiento norteamericano puede ser de gran ayuda para despejar las dudas que todavía sobrevuelan hoy en torno al arbitraje en cuestiones reguladas por el Derecho administrativo.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES, *Agency arbitration: constitutional and statutory issues*, Office of the Chairman, 1988.

BALLESTEROS PANIZO, *El arbitraje de derecho público*, 2017, Barcelona.

BINGHAM/WISE, “The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: how do we evaluate its success?”, *Journal of Public Administration Research & Theory*, vol 6., nº 2, 1996, 383-414.

BREGER/SCHICK, *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*, American Bar Association, 2000.

BRUFF, “Public Programs, private deciders: the constitutionality of arbitration in federal programs”, *Texas Law Review*, vol. 67, nº 3, 1989, 441-497.

CLARKE ADAMS, *El Derecho Administrativo norteamericano*, EUDEBA, Buenos Aires, 1964.

CRABLE, “A solution environmental disputes”, *Arbitration Journal*, vol 48, nº1, 1993.  
DELGADO PIQUERAS, “La *Administrative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas”, *Revista de Administración Pública*, nº 131, 1993, 555-588.

DEL OLMO ALONSO, “Legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en Estados Unidos”, *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, nº 4, 1999, 273-296.

ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

EVAN, “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving federal agency use of alternative dispute resolution processes”, *Administrative Law Review*, nº 50, 1998, 217-233.

GARCÍA DE ENTERRÍA, “Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano: a propósito de una exposición sistemático del mismo”, nº 85, *Revista de Administración Pública*, 1978, 241-259.

SORIANO GARCIA/IRIARTE ÁNGEL, “Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 enero 2016 (Reino de España, asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.9, nº2, 2016, 465-498.

WEST, “The use of Alternative dispute resolution in federal claims”, *The Construction law handbook. The use od ADR in resolving federal construction contract disputes*, Aspen Law&Business/Wiley Law Publications, 1999.