

## Algunas certidumbres y recomendaciones en tiempos de COVID-19: esencialidad de la negociación, la mediación y el arbitraje

Ha pasado poco más de un mes desde que se dictó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020. Desde ese momento, los cambios legislativos vía Real Decreto-ley (ya van ocho, desde el Real Decreto-ley 6/2020 hasta el Real Decreto-ley 14/2020) y los acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) han sido constantes. En particular, en el plano del Derecho Civil y la litigación se han publicado numerosos artículos al respecto que tienen como denominador común su carácter teórico y la incertidumbre que generan. El presente post trata de algunas “certidumbres” y “recomendaciones prácticas” para este periodo.

La crisis del COVID-19 es una amenaza para el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas de las relaciones contractuales. Esta es la primera certidumbre de la que cabe partir. Las previsible alegaciones ante los incumplimientos que, o se están produciendo durante la pandemia, o son inminentes, serían la “fuerza mayor” o la aplicación de la doctrina “*rebus sic stantibus*” (de aplicación restrictiva, más aún después de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020). Sobre la validez de dichas alegaciones existen diversas opiniones y todo dependerá de las circunstancias del caso concreto; ahora bien, lo cierto es que, si no se alcanza un acuerdo entre las partes implicadas, persistirá la controversia y, en su caso, un juez o un árbitro tendrán que decidir al respecto.

Ello nos lleva a una segunda certidumbre y es que, si existiera una voluntad real de evitar un procedimiento litigioso y los perjuicios inherentes al mismo –en aras a la supervivencia del contrato– se debería intentar previamente una negociación entre las partes. En este momento que atravesamos, cabe presumir y esperar de los actores jurídicos una predisposición a hacer concesiones, a ceder, a ser comprensivos, etc., en definitiva, a negociar sus controversias con plena voluntad de solucionarlas.

En esta línea, llegamos a una tercera certidumbre que es el previsible aumento de la litigiosidad si no se alcanzan acuerdos extrajudiciales. Por ello, en caso de que la negociación no fuera fructífera o posible, cabe acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos. De hecho, el pasado 14 de abril de 2020 se publicó el primer documento del denominado “*Plan de choque en la administración de justicia tras el*

*estado de alarma*” y, se conoce que el segundo bloque (aún no publicado) se denomina “*Medidas para la solución extrajudicial de conflictos*”.

En este sentido, es preciso destacar la institución de la mediación. Al respecto y con carácter previo al estado de alarma, cabe mencionar que el Pleno del CGPJ aprobó el pasado 28 de marzo de 2019 un informe favorable al “*Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación*”. Asimismo, el 7 de agosto de 2019 nació la “Convención de Singapur”, cuyo objetivo es promover la mediación para la solución de controversias comerciales y que cuenta con un total de 46 signatarios –entre los que se encuentran Estados Unidos y China–.

En este periodo de estado de alarma, cabe destacar el documento denominado “*La respuesta legal e institucional al COVID-19*” elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española de 14 de abril de 2020 se hace referencia a la mediación como “*un instrumento de conveniente aplicación ante la situación actual*”. Asimismo, voces autorizadas como el Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, D. Vicente Magro Servet, en su reciente artículo de 16 de abril de 2020<sup>1</sup> han puesto de relieve la necesidad de una modificación de la “*Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*” para, entre otras cuestiones, forzar a las partes a una mediación en el orden civil como plan de apoyo judicial a raíz de la crisis derivada de la pandemia del coronavirus.

En caso de que la mediación no fuera fructífera, sería conveniente, en algunos casos, acudir a un arbitraje para tratar de paliar posibles retrasos o demoras que supondría un procedimiento judicial. Pero ¿y si no existe un convenio arbitral aplicable a la relación contractual? Pues bien, ello podría solucionarse por voluntad de las partes sometándose voluntariamente un convenio arbitral *ex novo*, o bien, novando la cláusula de jurisdicción y sometimiento a determinados tribunales ya existente en el contrato.

Precisamente, en ese caso, las partes tendrían la oportunidad de negociar el concreto convenio arbitral al que quisieran someterse y, en línea con lo expuesto anteriormente, sería una buena oportunidad plantearse la posibilidad (si no se ha intentado previamente la negociación o mediación) de convenir una cláusula escalonada –también denominada “cláusula multinivel” o “*multi-tires causes*”–. En dicha cláusula podría pactarse un sistema de resolución de conflictos gradual que contemple, en primer lugar, métodos alternativos

---

<sup>1</sup> “*La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus*”; Vicente Magro Servet, Diario La Ley, Nº 9614, Sección Plan de Choque de la Justicia, 16 de abril de 2020, Wolters Kluwer [LA LEY 3968/2020].

como la negociación y la mediación entre las partes y que, en caso de que éstos resulten infructuosos, se culmine en el arbitraje.

Para el momento presente, cabe llamar la atención sobre una propuesta de la que ha sido pionera el Tribunal arbitral de Barcelona (TAB). Se trata de un procedimiento denominado *“fast track”*, creado *ad hoc* para esta situación de pandemia y en principio vigente durante el estado de alarma, cuando entre las partes no exista un convenio arbitral.

Como indica el TAB en su página web se trata de *“un procedimiento ágil y plenamente garantista para que puedan acudir a él quienes, aun no disponiendo de un convenio arbitral previo, se encuentren en dicha situación y necesiten una solución definitiva al problema planteado evitando las muy importantes demoras que supone, máxime en estos momentos, el procedimiento ante los órganos judiciales”*. Para el caso de que esta iniciativa no provenga de un acuerdo de las dos partes, este procedimiento *“fast-track”* prevé que *“aun no existiendo acuerdo entre las partes para someter su conflicto al TAB, el que requiera una solución acuda a él para que convoque a la parte adversa a fin de propiciar un convenio que permita el inicio del procedimiento arbitral diseñado para solventar los conflictos mencionados o cualesquiera otros que se presenten en estos momentos difíciles que estamos viviendo”*. Parece que la previsión de este procedimiento durará lo que se prolongue el estado de alarma y sus prórrogas. Desde luego, cabe agradecer la predisposición y creatividad de las instituciones arbitrales como el TAB en la búsqueda de soluciones y propuestas para este período.

Los métodos alternativos de resolución de controversias son, por definición, flexibles, y pueden ponerse en práctica a distancia y a través de los medios telemáticos y digitales (algo que, por el momento, no es disponible en el ámbito jurisdiccional). Estos métodos se erigen, por tanto, como una solución frente a posibles limitaciones legales –existentes actualmente, prorrogables y futuras– en el funcionamiento de los órganos judiciales. Asimismo, la flexibilidad y ausencia de formalidades y/o presencialidad en la puesta en práctica de una negociación, una mediación o un procedimiento arbitral puede responder a preferencias de las partes debido a razones sanitarias o preventivas, dada la incertidumbre inherente a esta pandemia.

En definitiva, dada la situación excepcional que vivimos, no es momento de lucha ni de enfrentamiento, sino de buscar el entendimiento entre las partes y soluciones prácticas.