



Voto particular que formula el vocal Vicente Guilarte Gutiérrez al punto I-19º del orden del día del Pleno celebrado el 28 de marzo de 2019, relativo a la propuesta de aprobación del informe al Anteproyecto de ley de impulso de la mediación, al que se adhieren los vocales Roser Bach Fabregó, Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Rafael Fernández Valverde.

1.- Con carácter previo debe subrayarse que las observaciones que a continuación se expresan para nada cuestionan los aspectos técnicos con los que se articulan las medidas que el Anteproyecto contiene en pro de alcanzar las finalidades que persigue. En este sentido nada se valora respecto del concreto articulado que el Anteproyecto incorpora.

De distinta manera las observaciones que efectúo al Anteproyecto lo son desde una perspectiva previa, de política legislativa pudieran denominarse, y se vinculan con la oportunidad del sistema que, como alternativa a la natural voluntariedad de la mediación, un tanto eufemísticamente se conceptúa en el Anteproyecto como de "obligatoriedad mitigada".

2.- A tal efecto el borrador de Informe sometido a la consideración del Pleno del CGPJ parte de una valoración positiva del Anteproyecto de la que, matizadamente, discrepo. El matiz radica en reconocer que si bien es objetivo común conseguir la eficiencia del sistema de solución alternativa de conflictos jurídico-privados que supone la mediación entiendo sin embargo que, a medio y largo plazo, puede perturbarse tal finalidad ante la obligatoriedad que el Anteproyecto diseña.

3.- Concretamente en su punto 60 el Informe indica: "*Y también desde esta perspectiva el Anteproyecto ha de merecer una valoración positiva, por cuanto las medidas que articula persiguen incentivar e impulsar el recurso a la mediación con la mira puesta no solo en el conocimiento de este instrumento de resolución de conflictos sino también en la calidad de la mediación, de la respuesta que ofrezca, y, por ende, en la calidad de la justicia.*"

Para, a continuación, indicar en el punto 61 que "*Sin perjuicio de esta valoración general positiva, y sin perjuicio también de las observaciones que más adelante se harán al articulado del Anteproyecto, cabe recoger ahora ciertas consideraciones generales que, sin ...*".



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalía

4.- Así las cosas, a diferencia de como efectúa el Informe, el contenido de este Voto particular no recoge reflexión alguna sobre el articulado proyectado sino que se limita a cuestionar la opción del legislador y a examinar la oportunidad de la propuesta desde una perspectiva de política legislativa.

Las presentes apreciaciones, por lo tanto, se dirigen a discrepar de la imposición de la mediación obligatoria respecto de multitud de cuestiones civiles y mercantiles que se contienen en la modificación pretendida del decisivo art. 6.1 de la Ley 5/2012 de 6 de junio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Tan generoso elenco hace que no pueda hablarse de una obligatoriedad excepcional sino que ésta ha pasado a ser la regla general de solventar los conflictos civiles incluyendo además tipos abiertos de muy difícil acotación: no otra cosa cabe predicar de la referencia a los "*derechos reales en cosa ajena*", a las "*sucesiones*" o a las "*reclamaciones en materia extracontractual*", entre otras.

5.- A tal fin debe partirse de que el ordenamiento jurídico-privado, de natural dispositivo, se considera habitualmente como un *posterius* respecto de la realidad social sobre la que incide pues tiene como objetivo lógico adecuar la norma a una realidad social precedente voluntariamente asumida por sus destinatarios. Consagra a nivel legislativo el modelo que surge de las conductas sociales que anteceden: no ha tenido sentido alguno, por ejemplo, la regulación dispositiva del régimen económico-matrimonial de participación en las ganancias cuando el modelo convivencial de los matrimonios españoles siempre fue la sociedad de gananciales o la separación de bienes. Hubiera sido mucho más disparatado aún "*imponer*", siquiera fuera "*mitigadamente*" tal régimen de participación, apenas utilizado al día de hoy en cuanto modelo carente de toda convicción social acerca de sus bondades.

Por todo ello debe recalcar la natural tendencia del derecho privado –los asuntos civiles y mercantiles afectados por el art. 6 lo son— a ordenar las relaciones que disciplina mediante reglas dispositivas. En ellas el legislador establece un marco al que normalmente se adecuan las conductas con la finalidad de proporcionar un modelo que, en definitiva, mayoritariamente refleje lo que el colectivo asume como conducta procedente y de la que, en todo caso, cabe apartarse.

6.- Con tal perspectiva entiendo que, como frecuentemente ha ocurrido, están condenadas al fracaso las iniciativas legislativas que se imponen desde reglas imperativas cuando no existe la convicción social de su utilidad. Son muchos los ejemplos que, como el ya citado, ponen en evidencia el fiasco de realidades normativas que sugirieron u ordenaron instituciones civiles ajenas a tal convicción.



Vocalía

Cuando de distinta manera el legislador incide en la conducta de los sujetos pasivos de su decisión mediante una norma imperativa la prudencia debe guiar tal proceder cobrando pleno valor la consideración del derecho como un *posterius*. La imposición de modelos que no se soporten en una previa convicción de su utilidad puede resultar a medio y largo plazo contraproducente y efímera su inicial implantación. De esta manera la configuración como mitigadamente obligatoria de la mediación puede fácilmente reconvertirse, como también acaeció con otras instituciones como la conciliación civil obligatoria, en un mero trámite que es necesario superar para finalmente acceder a la jurisdicción. Ello arrumbaría los ingentes esfuerzos y medios destinados hasta ahora a propiciar la convicción social de su bondad.

7.- Tampoco debe olvidarse que, en principio, la imposición de reglas coactivas en el marco de las relaciones privadas supone una restricción a la libertad individual exigida de una fundamentada justificación.

8.- Con tales presupuestos es decisivo recordar como la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto asume que la mediación "*no ha conseguido demostrar su operatividad...*". Ello a pesar del dato, en absoluto despreciable, de la continuada labor de difusión efectuada por las Administraciones, Corporaciones de Derecho público e incluso por organizaciones privadas, para fomentar la mediación. A su implantación se han destinado no pocos recursos.

9.- Quizás no sea ajena a tal falta de operatividad la convicción social de la vía jurisdiccional civil como medio más eficaz y seguro de solventar los litigios *inter privatos*. Convicción real, en la que algunos creemos firmemente, que difícilmente puede marginarse a la hora de imponer un modelo alternativo como, en su día, también se intentó con el arbitraje. La jurisdicción civil es un sedimentado medio de desenlace de controversias que no cabe ni despreciar ni arrumbar mediante el establecimiento coactivo de sistemas alternativos.

10.- Con tales premisas entiendo que los mecanismos de fomento de la mediación han de fundarse en la persuasión y no en la imposición para evitar que se deteriore la finalidad por todos perseguida y la mediación se reconvierta en un lastre de forma que, innecesariamente, dificulte el acceso a los Tribunales civiles por parte de quienes desean actuar por esta vía su derecho a la tutela judicial efectiva.

11.- Ha de partirse de que, en sus orígenes, la mediación siempre se configuró como una institución voluntaria y así lo indica sin ambages el art. 6.1 de la Ley 5/2012 de tal manera que al igual que el art. 6.3 sanciona la persistente primacía de la voluntad de los interesados para, en cualquier manera, obviar el procedimiento de mediación es coherente con tal principio el que no pueda imponerse desde la norma su inicio.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalía

Entiendo por ello que su escasa y reconocida falta de operatividad no puede superarse alterando su esencia en términos que la desnaturalicen. No otra cosa acaece con su conversión en institución obligatoria, aunque se minimice la mutación hablando de que se trata de una coactividad "mitigada". Insisto en que, a mi juicio, la alteración consustancial de su naturaleza puede resultar nociva para la propia institución al forzar su aplicación.

12.- Como alternativa a la opción del Anteproyecto entiendo que la mediación debe seguir impulsándose para lograr una mayor convicción de su utilidad y, en ningún caso, imponerse pues la Administración de Justicia no puede considerarse, al menos por el momento, como un remedio subsidiario para la solución de conflictos privados tal y como llega a referir la Exposición de Motivos. Estamos aún en una embrionaria fase del instituto donde la mediación no puede aún erigirse en la vía principal de la solución de conflictos civiles.

13.- Apuntaré en otro orden de cosas que si bien el TJUE, en la frecuentemente mencionada Sentencia de 14 de junio de 2017, acepta la configuración de la mediación como requisito de admisibilidad de ciertas acciones judiciales, que considera compatible con el principio de tutela judicial efectiva, ello parte de asumir que no implique coste adicional para los litigantes ni demora en la solución de su conflicto. Presupuestos que difícilmente puede considerarse concurrentes en el diseño que se cuestiona especialmente teniendo en cuenta la universalidad de los supuestos que atrae a su competencia.

14.- Finalmente, aunque no es materia que deba ser objeto de valoración en esta sede, debe seguir cuestionándose si el diseño proyectado supera el test de constitucionalidad, por eventual vulneración del art. 24 CE y en su caso de su art. 117, en los términos con los que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 1/2018 de 1 de enero, a propósito de la obligatoriedad de la sumisión a arbitraje contenida en el declarado inconstitucional art.76 e) de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalía

15.- Consiguientemente asumiendo la natural bondad de la mediación, objetivamente indiscutible como instrumento de solución de conflictos, solo superada por la inexistencia del conflicto propia de legislaciones civiles asentadas y por ende seguras, entiendo que no debe forzarse su implantación mediante la imposición sino a través de la articulación de medidas que persuadan al colectivo de las bondades de su utilización. Imponer la aplicación del instituto cuando no existe en el colectivo que ha de utilizarla la conciencia de su bondad creo repercutiría muy negativamente en su desarrollo futuro.

Madrid, 1 de abril de 2019
LOS VOCALES

Vicente Guilarte Gutiérrez

Roser Bach Fabregó

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Rafael Fernández Valverde