



# La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE: la mediación dirigida a la conciliación en las controversias civiles y mercantiles según el decreto legislativo n. 28/2010\*

(Main Features of the New Italian Discipline on Mediation in Civil and Commercial Disputes: a Peculiar Implementation of Directive 2008/52/EC)

***Silvana dalla Bontà***

Assistant Professor on European and Comparative Civil Procedure  
at the University of Trento, Faculty of Law, Italy

**Abstract:** The Author, in the context of a Roundtable organised by the University of Zaragoza (Spain) on “*Mediation and Arbitration. Current Situation and Reform Perspectives*” (Zaragoza, 11 April 2011), gives a brief description of the fundamental features of the new Italian discipline on mediation aimed at conciliation, as established by *Decreto Legislativo* (Legislative Decree) No. 28/2010 as enactment of Directive 2008/52/EC on some aspects of mediation in civil and commercial disputes. The Author underlines how the “peculiarities” of the Italian discipline, that are its critical aspects, may end up drifting “Italian-style mediation” apart from the traditional model of mediation as a voluntary and confidential instrument of dispute settlement (alternative to in-court proceedings). Such “peculiarities” are identified on the one hand, in the establishment of compulsory mediation proceedings (on the parties’ expenses) in an extensive and exhaustive number of cases; on the other hand, in the possibility for the mediator to make to the parties (beside any joint request by such parties) an offer of settlement which, if refused, may have negative consequences (for the party who refused such offer) on the allocation of litigation costs in further in-court

---

\* Este trabajo es un resultado de la ejecución del proyecto de investigación DER2010-17538 “*Eficiencia de las medidas de actuación para la simplificación, aceleración y sustitución del proceso para reducir la litigiosidad*” (“*Efficacy of the measures to simplify, accelerate or substitute the process to get a decrease of litigiousness*”), dirigido por el Dr. D. Angel Bonet Navarro y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Traducción a cargo de Alberto José Lafuente Torralba, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.



proceedings. Searching for the true reasons which brought to the introduction of such “peculiar” mediation, the Author believes that the Italian legislator was excessively influenced by the potential this type of mediation could have in reducing in-court disputes. Analysing how other legal systems dealt with the issue, the Author disagrees with the Italian choice hoping for a reform and warning academics and practitioners (both Italian and foreign) on the importance of considering mediation not just as an instrument to reduce the number of in-court proceedings, but as a complementary process to be developed in the view of improving access to justice.

**Keywords:** Directive 2008/52/EC – Italian Implementation – Compulsory Mediation – Mediator’s Offer of Settlement – In-court Proceedings – Confidentiality – Litigation Costs

También Italia –como otros países de la Unión Europea ya han hecho o están haciendo– se ha dotado recientemente de una disciplina sobre la mediación en materia de contencioso civil, respondiendo así a los requerimientos comunitarios en tal sentido expresados en la Directiva 2008/52/CE. Lo ha hecho con el decreto legislativo (d.lgs.) de 4 marzo de 2010, n. 28, titulado “La mediación dirigida a la conciliación en las controversias civiles y mercantiles”, en vigor (al menos parte de sus disposiciones) ya desde el 20 de marzo de 2010. A tal decreto ha seguido después el decreto ministerial (d.m.) de 18 de octubre de 2010, n. 180, el cual ha dado desarrollo a los aspectos que el d.lgs. n. 28/2010 había voluntariamente dejado a la disciplina reglamentaria.

Si bien ha sido saludada –sobre todo por la opinión pública– como una novedad (casi absoluta), la mediación no era en verdad un instituto desconocido para el ordenamiento italiano. Ya antes del d.lgs. n. 28/2010, de hecho, el uso de tal instrumento bien podía legitimarse simplemente en virtud del derecho común, esto es, de nuestro Código Civil. No sólo eso: a la mediación –a veces denominándola “conciliación extrajudicial– se refería también alguna legislación especial, que, en singulares sectores del contencioso civil y mercantil, preveía la posibilidad de recurrir a tal instrumento de resolución de litigios, diverso del proceso estatal.



La novedad que, respecto del pasado, ha traído el d.lgs. n. 28/2010 ha sido la introducción de una disciplina general sobre la mediación en materia de controversias civiles y mercantiles, la cual (a) de un lado, ofrece una serie de definiciones terminológicas, dedicadas a crear, en la intención del legislador, un lenguaje uniforme en sede de mediación/conciliación; (b) de otro, indica un número de requisitos sólo en presencia de los cuales el acuerdo final de conciliación –fruto de la mediación de un tercero entre dos o más partes en conflicto– podrá tener efectos bien precisos, fijados por el propio d.lgs. (por ejemplo, el de aspirar a devenir título ejecutivo tras la homologación del tribunal).

Vista la brevedad de tiempo impuesta por la sede que nos ve reunidos, mi intención es limitarme a (1) trazar, en sus líneas esenciales, el *iter* a través del cual debería desenvolverse la mediación dirigida a la conciliación según el d.lgs. n. 28/2010; para después concentrarme (2) en aquella que he definido –en el título de mi intervención– como la “originalidad” de la transposición de la Directiva 2008/52/CE. Como se verá en la segunda parte de mi contribución, he pretendido indicar con el término “originalidad” –casi de manera “edulcorante”– la “forzatura” que el legislador italiano ha terminado haciendo del instituto de la mediación, hasta el punto de hacer considerar con razón que la del d.lgs. n. 28/2010 ya no es una mediación clásicamente entendida, sino un instrumento a través del cual se induce a las partes en conflicto a aceptar una propuesta de conciliación expresada por un tercero.

Procediendo, pues, con orden:

**(1)** Como anticipé en la introducción, el d.lgs. n. 28/2010 comienza con una serie de definiciones terminológicas. A este respecto, aquél se apresura a precisar que:

⇒ *mediación* es la “actividad, cualquiera que sea su denominación, desarrollada por un tercero imparcial y dirigida a asistir a dos o más sujetos sea en la búsqueda de un acuerdo amistoso mediante la composición de la controversia, sea en la formulación de una propuesta para la resolución de la misma (art. 1.a);

⇒ *conciliación* es “la composición de la controversia tras el desenvolvimiento de la mediación” (art. 1.c): la conciliación es por tanto el resultado de la actividad de mediación;



⇒ el *mediador* es “la persona o las personas físicas que, individual o colegiadamente, desarrollan la mediación quedando privadas, en todo caso, del poder de emitir juicios o decisiones vinculantes para los destinatarios del servicio mismo” (art. 1.b).

Sentadas tales definiciones, pasaré ahora a indicar cuáles son las características y estructura de la mediación dirigida a la conciliación según el d.lgs. n. 28/2010. De una lectura conjunta del decreto se desprende, en extrema síntesis, que:

⇒ La mediación se admite sólo para *controversias relativas a causas atinentes a derechos disponibles* (art. 2).

⇒ El d.lgs. n. 28/2010 prevé cuatro tipos de mediación:

(a) la *mediación facultativa*, que se da cuando las partes en conflicto, espontánea y facultativamente, deciden recurrir a la mediación para resolverlo (art. 2);

(b) la *mediación obligatoria*, que se da cuando el recurso a la mediación (*melius*, el intento de mediación) es condición de procedibilidad de la demanda judicial (art. 5, párrafo 1º, que enumera de forma taxativa qué controversias están sometidas al intento obligatorio de mediación);

(c) La *mediación a instancia judicial*, también llamada *delegada*, que se da cuando el juez, incluso en sede de apelación, valorada la naturaleza de la causa, el estado de la instrucción y el comportamiento de las partes, las invita a recurrir a la mediación (art. 5, párrafo 2º);

(d) la *mediación ex contractu*, que se da cuando el recurso a la mediación viene impuesto por una cláusula contractual o estatutaria (art. 5, párrafo 5º).

⇒ La mediación del d.lgs. n. 28/2010 puede ser desarrollada solamente por *organismos de mediación*, es decir, entes públicos o privados que estén inscritos en un registro especial gestionado en el Ministerio de Justicia: la inscripción es posible tras la solicitud realizada al efecto por el organismo de mediación, que debe presentar su reglamento de procedimiento y código ético, así como ofrecer garantías de seriedad y eficiencia (a la indicación específica de los requisitos de inscripción procede el citado d.m. n. 180/2010, el cual indica, además, las



condiciones para la formación y actualización de los mediadores que formen parte del organismo de mediación inscrito).

⇒ La mediación se inicia con el depósito, a iniciativa de una de las partes en conflicto, de la llamada *demanda de mediación* ante un organismo de mediación inscrito: no hay fijadas reglas de competencia para la elección del organismo de mediación (art. 4, párrafos 1º y 2º). Realizado el depósito de la demanda, el organismo designa a un mediador y fija la fecha del encuentro entre éste y las partes: demanda y fecha se comunican a la contraparte. Con tal comunicación, la demanda de mediación despliega *efectos interruptivos de la prescripción e impositivos de la caducidad* del derecho al que se refiere el conflicto objeto de la mediación (art. 5, último párrafo).

⇒ La mediación comporta *exenciones e incentivos fiscales* para las partes que recurren a ella (arts. 17 y 20).

⇒ La mediación puede llevar esencialmente a tres diversos desenlaces:

0. Falta de participación de una de las partes en el procedimiento de mediación: el mediador lo hace constar en el acta; la falta de participación “sin motivo justificado” podrá ser valorada por el juez como argumento de prueba (art. 8, párrafo 5º);

I. Consecución del acuerdo (de conciliación) entre las partes: el mediador levanta acta a la cual se une el texto del acuerdo alcanzado, que debe ser firmado por las partes y el mediador (art. 11, párrafo 4º);

II. No consecución –espontánea– del acuerdo (de conciliación) entre las partes (art. 11, párrafos 1º-5º). En este caso, se abren tres posibilidades:

a) el mediador debe hacer una propuesta de conciliación a las partes, si éstas se lo solicitan de común acuerdo;

b) el mediador puede hacer una propuesta de conciliación a las partes, advirtiéndoles sobre las consecuencias de un eventual rechazo de la misma (sobre todo en relación a los



efectos perjudiciales en cuanto al pago de las costas procesales, que las partes podrían sufrir por el rechazo de la propuesta en un ulterior proceso ante el juez estatal).

Tanto si las partes aceptan como si rechazan la propuesta, el mediador lo hará constar en el acta, junto con la propuesta realizada.

c) El mediador simplemente extiende acta sobre la falta de acuerdo.

⇒ La mediación que concluya con la conciliación de las partes lleva a un acuerdo que, a instancia de parte, puede ser objeto de *homologación* por parte del tribunal donde la mediación ha tenido lugar y convertirse así en *título ejecutivo* (art. 12).

**(2)** Una vez desarrollada esta breve exploración del contenido del d.lgs. n. 28/2010, permítanse algunas reflexiones críticas acerca de la mencionada “originalidad” de la nueva disciplina italiana sobre la mediación –“originalidad” en la transposición de la Directiva 2008/52/CE que, como se ha dicho *in apicibus*, es en realidad expresión de una (diría, excesiva) forzatura del instituto de la mediación (al menos en su concepción clásica) por parte de nuestro legislador. Lejos de ser involuntaria, tal forzatura es fruto de una precisa y consciente opción legislativa: usar la mediación con fines esencialmente “deflactivos” del proceso a cargo de los jueces estatales.

Sin querer anticipar aquí cuanto se dirá en la conclusión, aislaría del siguiente modo los aspectos de esta “originalidad” de la mediación “a la italiana”. Concretamente, considero que se distinguen por su peculiaridad (*melius*: lejanía) respecto a una disciplina que quiera ser fiel a un modelo clásico de mediación, las siguientes previsiones contenidas en el d.lgs. n. 28/2010:

(a) La previsión de una mediación obligatoria (y, por tanto, de un intento de mediación como condición de procedibilidad de la demanda ante los jueces estatales) en un número extensísimo de controversias: el art. 5, párrafo 1º, del d.lgs. n. 28/2010, de hecho, convierte el intento de mediación en obligatorio en las controversias –sólo por citar algunas (!)– en materia de propiedad horizontal, derechos reales, división, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, alquiler de negocios, resarcimiento de los daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, etc.



Dejando a un lado los problemas de constitucionalidad que tales previsiones pueden suscitar, nuestro legislador demuestra no haber realizado un atento examen acerca de cuál pueda ser el contencioso efectivamente “adecuado” –al menos en abstracto– para la solución por vía mediadora. Más bien, tras la lectura del largo –e indiscriminado– elenco de controversias sometidas a mediación obligatoria, la impresión es la de una intencionada desviación de cuantas más causas posibles a la mediación, a fin de sustraerlas –al menos temporalmente– a los (sobrecargados) jueces estatales.

(b) La previsión del deber/poder del mediador de formular una propuesta a las partes, cuando la mediación no haya llevado a la conciliación, esto es, en el caso de que las partes no hayan llegado –ni siquiera gracias a la obra de “promoción del diálogo” desarrollada por el mediador– a formular ellas mismas espontáneamente un acuerdo de conciliación. Bajo este aspecto la “originalidad” italiana es doble: por un lado, es posible constatar que la eventualidad de una propuesta del mediador no ha sido contemplada expresamente por la Directiva 2008/52/CE; por otro, parece evidente que la atribución al mediador del deber (si las partes se lo piden de común acuerdo) o del poder (ante el silencio de las partes) de formular una propuesta de acuerdo, traiciona la intención legislativa de alejarse de la “mediación pura”. Ésta, de hecho, como bien dice la Directiva 2008/52/CE (art. 3.a), es “un procedimiento [...] en el que dos o más partes de una controversia *intentan ellas mismas, de forma voluntaria, alcanzar un acuerdo sobre la solución de la misma con la asistencia de un mediador*”. Con la “introducción italiana” de la propuesta del mediador, sin embargo, todo cambia y la mediación ya no es un instrumento mediante el cual las propias partes, con la ayuda del mediador únicamente facilitadora de la comunicación entre ellas, llegan a la formulación de un acuerdo.

Tanto la doctrina mayoritaria como los operadores dedicados desde hace tiempo al campo de la mediación han criticado fuertemente la opción del legislador italiano. Si es cierto, en efecto, que para algunos la propuesta del mediador –y sus consecuencias (que veremos a continuación)– se encaminaría a responsabilizar a las partes de la mediación, los más (entre estudiosos y mediadores) han advertido con preocupación de los peligros que subyacen en la



introducción de un papel del mediador tan “activo” como para permitirle la formulación de una propuesta de acuerdo.

Incluso en la previsión del poder/deber de propuesta por parte del mediador, es claro de todos modos el fin último perseguido por el legislador italiano: no tanto la promoción del “modelo puro” de mediación, como el efecto “deflactivo” que tal instrumento podría tener sobre el sistema judicial. De ello es demostración el otro aspecto de “originalidad” (ligado a éste) de la “mediación a la italiana”, a saber:

(c) La previsión según la cual, cuando no sea aceptada, la propuesta *del mediador* debe *hacerse constar en acta*; tal *acta* puede ser aportada (a instancia de parte o *ex officio*) al *ulterior proceso* eventualmente iniciado por las partes ante el juez estatal; y el *juez* puede *tenerla en cuenta* a fin de comparar entre el contenido de la propuesta (rechazada) del mediador y el de la *sentencia*: cuando el *contenido de la propuesta se corresponda enteramente con el de la sentencia*, el juez debe penalizar a la parte, incluso vencedora, que haya rechazado la propuesta, decidiendo en su perjuicio la *distribución de las costas procesales* (art. 13, párrafo 3º)<sup>1</sup>.

También bajo este aspecto, la opción del legislador italiano hace discutir en su “originalidad”: sea por las repercusiones que la documentación de la propuesta del mediador puede tener sobre el respeto a la confidencialidad de la mediación; sea por el posible perjuicio que aquélla comporta –en particular por las consecuencias sobre la distribución de las costas procesales– a la garantía del acceso (efectivo) a la tutela jurisdiccional.

(c1) En lo que atañe a las repercusiones de la documentación de la propuesta sobre la confidencialidad de la mediación, es preciso advertir que al documentar su propuesta el mediador podría caer en el error (y en la tentación) de referirse a contenidos, informaciones, declaraciones vertidas por las partes en el curso de la mediación, que podrían así llegar a

---

<sup>1</sup> Concretamente, el juez excluirá la repetición de las costas pagadas por la parte vencedora que ha rechazado la propuesta, referibles al período posterior al formulación de la misma; condenará a tal parte al reembolso de las costas pagadas por la parte vencida relativas al mismo período y al pago a la entrada en vigor de los presupuestos del Estado de una ulterior suma de importe correspondiente a la contribución unificada debida, destinada a capítulos especiales del estado de previsión del Ministerio de Justicia para asegurar el funcionamiento y potenciación de las oficinas judiciales.



conocimiento del juez estatal si la mediación fracasa. Está claro que esto traicionaría completamente el espíritu reservado de la mediación. Por estas razones la doctrina mayoritaria y los mediadores más avisados invitan a no formular la propuesta.

(c2) Volviendo la mirada a las consecuencias de la propuesta del mediador sobre la distribución de las costas procesales, las perplejidades hasta ahora presentes se hacen todavía más serias: de hecho, con la previsión descrita del d.lgs. n. 28/2010 se toca, en mayor medida incluso, la delicada relación entre mediación y jurisdicción estatal.

Aun sin querer abrir aquí los horizontes a temas de más amplio alcance (diría de teoría general del proceso, pero –en el fondo– también del Estado, dado que el primero es sede de ejercicio de uno de los poderes del segundo), de hecho es preciso preguntarse: ¿cómo podrá el juez italiano, ante un acta de mediación fallida, confrontar el contenido de la (rechazada) propuesta del mediador con el contenido de la sentencia? ¿Son la propuesta del mediador y la sentencia del juez dos “productos” homogéneos y, por tanto, fructuosamente equiparables? ¿Cuándo el juez podrá efectivamente considerar que la sentencia coincide enteramente con la propuesta del mediador y, en consecuencia, aplicar la “sanción” relativa a la distribución de las costas procesales?

En un plano hipotético –en ausencia, por el momento, de respuestas jurisprudenciales–, las posibilidades parecen abstractamente dos:

– o el mediador, cuando deba o pueda hacer una propuesta a las partes, formula una que sea casi un “proyecto de sentencia” (una “propuesta adjudicativa”): en este caso, el juez se encontraría ante dos “productos homogéneos”, esto es, podría efectivamente comparar la propuesta (rechazada) del mediador y la sentencia por él pronunciada, y así decidir sobre las costas procesales conforme al art. 13, párrafo 1º.

[Resulta claro, sin embargo, que si se sigue esta vía, la “originalidad” de la mediación italiana devendría en realidad una *aberración de la mediación*, habida cuenta de que ésta, entendida en su sentido clásico, no está concebida como actividad dirigida a la decisión (ni siquiera en potencia) de la litis];



– o bien el mediador, cuando deba o pueda hacer una propuesta a las partes, formula una, dirigida no tanto a juzgar sobre las pretensiones de las partes, cuanto más bien a componer (incluso creativamente, esto es, más allá de la aplicación de normas de derecho) sus intereses (una “propuesta facilitativa”): en tal caso, sin embargo, el juez no tendría ninguna posibilidad de comparar propuesta (rechazada) y sentencia, puesto que los dos “productos” serían diversos. [De seguirse esta vía, el art. 13, párrafo 1º, que prevé una “sanción” sobre la distribución de las costas procesales, jamás tendría aplicación].

Precisamente por las perplejidades descritas, la doctrina mayoritaria y los operadores de la mediación aconsejan una tercera vía al mediador: la de la extrema prudencia (por no decir reticencia) a formular (y documentar) una propuesta a las partes, a fin de no desnaturalizar peligrosamente el instrumento de la mediación. De este modo, sin embargo, se elude el dictado del d.lgs. n. 28/2010, cuyo propósito, en cambio, también bajo este específico aspecto, era del todo evidente: privilegiar, entre todas las funciones de la mediación, la “deflactiva” de la carga judicial, en una perspectiva ya no de centralidad/prioridad de la jurisdicción estatal en la resolución de contiendas civiles, sino de su mera subsidiariedad respecto a la mediación.

Con el d.lgs. n. 28/2010 y su “original” mediación, en efecto, adquiere fuerza la idea de que el proceso estatal es ahora considerado por el legislador italiano casi como una *ultima ratio* a disposición de las partes, es decir, como un instrumento de decisión de las controversias al que aquéllas pueden acudir sólo cuando otros instrumentos de composición de la litis hayan fracasado. Pero no sólo eso. En la visión del d.lgs. n. 28/2010, el proceso, subsidiario respecto a otros medios de resolución de controversias, deviene en el fondo la sede para penalizar a las partes (en la distribución de las costas procesales) que no hayan aceptado –extrajudicialmente– la composición de la litis que les ha sido ofrecida.

En opinión de quien les habla, no debería en verdad ser ésta la visión a seguir al tratar de la delicada relación entre proceso y mediación. Uno y otro instrumento, en efecto, tienen funciones muy diversas y la segunda, aun siendo útil y adecuada en determinadas circunstancias, jamás podrá sustituir –en el procedimiento, en el resultado, en las finalidades– al primero.



De opinión contraria parece haber sido, en cambio, el legislador del d.lgs. n. 28/2010, el cual ha optado por una transposición “original” de la Directiva 2008/52/CE, espejo en el fondo de otra (triste) “originalidad” italiana: la de una justicia demasiado a menudo en punto muerto, por procesos demasiado lentos y demasiado largos.