

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CIVIL DE MILÁN DE 24 DE ABRIL DE 2020, N.º 2568, Y DE 13 DE MAYO DE 2021, N.º 4021

ANDREA COLORIO

Partner de Platter Ausserer Bauer + Partner

ROBERTO OLIVA

Counsel de Pavia e Ansaldo Studio Legale

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 271-273

Comenzamos este breve repaso de la jurisprudencia italiana en materia de arbitraje centrándonos en dos recientes sentencias del Tribunal de Milán –24 de abril de 2020, n.º 2568, y 13 de mayo de 2021, n.º 4021– que abordan la interesante cuestión de la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un tercero, es decir, a una persona distinta de las partes signatarias del convenio arbitral.

En ambos casos, el asunto sometido al Tribunal se refería a un acuerdo de accionistas en cuya virtud un tercero, distinto de las partes del acuerdo, habría de disfrutar de determinados beneficios.

Este esquema contractual entra dentro de la institución jurídica italiana de la estipulación en favor de terceros, que se da cuando las partes contratantes (el estipulante y el promitente) acuerdan que la prestación debida por el promitente no se ejecute en favor del estipulante sino de un tercero beneficiario (art. 1.411 del Código Civil italiano).

Algunos contratos típicos previstos por la legislación italiana son estructuralmente contratos en beneficio de un tercero, como la asunción de la deuda

(*accollo*), en la que la parte garante (*accollante*) y el deudor (*accollato*) acuerdan que el garante hará el pago a favor del acreedor –tercero beneficiario– de lo que corresponde al deudor. En otros casos, el contrato puede caracterizarse como un contrato en favor del tercero por su contenido: pensemos en el caso del transporte de mercancías, si estas han de entregarse a un tercero destinatario (art. 1.685 del Código Civil italiano); o, como en el caso resuelto por el Tribunal de Milán, en el de un acuerdo de accionistas que otorga a un tercero el derecho a recibir determinadas cantidades para un fin determinado.

Según reiterada jurisprudencia, el tercero es el único legitimado para ejercer acciones legales en caso de incumplimiento del promitente, pretendiendo el cumplimiento de la prestación. Pero ello es así solamente si el contrato le confiere el derecho a hacerlo sin necesidad de ninguna actividad de ejecución por parte del promitente. De otro modo, el derecho y la legitimación del tercero son concurrentes con los del promitente (véase Tribunal de Casación, 9 de abril de 2014, n.º 8272).

Para completar este breve marco introductorio, téngase en cuenta que, si es demandado por el tercero, el promitente siempre puede oponerle las excepciones basadas en el contrato (art. 1.413 del Código Civil italiano). Así, de acuerdo con doctrina reiterada, el promitente puede rechazar el cumplimiento objetando, por ejemplo, el incumplimiento de la parte estipulante, o pretendiendo la nulidad del contrato o su anulación por vicio sufrido por el mismo promitente.

Es exactamente en este contexto en el que se producen los hechos resueltos por el Tribunal de Milán. Un tercero en un acuerdo de accionistas interpuso demanda contra el promitente en reclamación de la prestación que afirmaba corresponderle. El promitente opuso, entre otras cosas, la objeción *ex compromisso* derivada del convenio arbitral contenido en el acuerdo de accionistas. Y, puesto que el promitente puede oponer a terceros objeciones dimanantes del contrato, la objeción fue estimada y el Tribunal declinó su competencia para conocer del asunto.

Estas sentencias plantean dos cuestiones extremadamente interesantes.

La primera se refiere al principio de autonomía del convenio arbitral; la segunda, a la relación entre estas decisiones y otra línea jurisprudencial relativa a la transmisión de la cláusula arbitral en caso de cesión de crédito.

Acuerdo de accionistas y cláusula arbitral son dos contratos distintos. ¿Tiene, pues, el promitente derecho a invocar la jurisdicción arbitral contra el tercero, o se lo impide el principio de autonomía? En este punto la jurisprudencia es inequívoca: la oponibilidad de la cláusula arbitral frente al tercero es una excepción al mencionado principio de autonomía de la cláusula arbitral

(véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, 10 de octubre de 2000, n.º 13474, y Tribunal de Casación, 18 de marzo de 1997, n.º 2384).

Además, ¿puede el promitente invocar los principios establecidos en relación con la cesión de créditos, según los cuales el cedente puede invocar el convenio arbitral si es llamado por el cesionario ante el tribunal estatal, pero también puede impugnar la competencia de los árbitros si el cesionario ha presentado demanda en sede arbitral (véase Tribunal de Casación, 14 de junio de 2019, n.º 16127)? En esencia, ¿podría el promitente haber impugnado la competencia del tribunal arbitral al ser llamado por el tercero sobre la base del acuerdo de accionistas en el que figuraba la cláusula arbitral?

La respuesta parece ser, en este caso, negativa. Un elemento fundamental distingue ambos acontecimientos. Mientras que el cesionario no tiene conocimiento previo de la identidad del cedente, y por tanto puede perfectamente negarse a litigar con él ante un tribunal arbitral, el promitente, por el contrario, tuvo conocimiento de la identidad del tercero desde la redacción del acuerdo de accionistas sometido a arbitraje, y en consecuencia no puede *sorprenderse* si es llamado a la causa por una parte distinta de su contraparte contractual.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN, SECCIONES UNIDAS, N.º 12428/2021, DE 11 DE MAYO DE 2021

ANDREA COLORIO

Partner de Platter Ausserer Bauer + Partner

ROBERTO OLIVA

Counsel de Pavia e Ansaldo Studio Legale

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 275-278

En el caso objeto de comentario, resuelto por la sentencia n.º 12428/2021, el Tribunal Supremo de Casación tuvo que decidir, en Secciones Unidas – en pleno –, sobre el recurso n.º 7576/2015, interpuesto por el Ayuntamiento de Benevento contra la empresa CON.CA. S.C.A.R.L. contra la sentencia n.º 3839/2014 de la Corte de Apelación de Nápoles.

CON.CA. es un consorcio de responsabilidad limitada que, en el caso que dio lugar a la sentencia en cuestión, había demandado en arbitraje al Ayuntamiento de Benevento reclamando una indemnización de daños y perjuicios en relación con un complejo asunto urbanístico.

A principios de 2000, la empresa en cuestión había resultado adjudicataria de un contrato para la rehabilitación de una importante vía de Benevento, en el marco de un programa de renovación urbana, y posteriormente había suscrito un convenio urbanístico para conceder a CON.CA. un derecho de superficie a cambio de la realización puntual de las obras previstas en el proyecto, consistentes en la creación de viviendas y obras de urbanización conexas.

Sin embargo, tras una serie de retrasos debidos a los recursos presentados por varios propietarios contra la ocupación de urgencia de los terrenos que debían ser expropiados de acuerdo con el plan de recuperación, así como por la falta de finalización del proceso de aprobación de la variante necesaria, el Ayuntamiento de Benevento había declarado la caducidad del derecho de superficie de CON.CA. Ello llevó a la empresa a iniciar un arbitraje, que concluyó con un laudo en el que se condenaba al Ayuntamiento al pago de una indemnización por daños y perjuicios de 2.799.567,62 de euros.

El laudo fue impugnado por el Ayuntamiento ante la Corte de Apelación de Nápoles, que desestimó el recurso afirmando que, en contra de lo que pretendía el Ayuntamiento, la decisión de los árbitros no afectaba a intereses legítimos –que no pueden ser objeto de compromiso–, sino únicamente a derechos subjetivos vinculados al citado convenio urbanístico y a las obligaciones derivadas del mismo, sin entrar a valorar el fondo de la legitimidad o no de las medidas dictadas por el Ayuntamiento.

De ahí el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento, basado en cuatro motivos. El segundo se refería precisamente a la cuestión del arbitraje en materia de intereses legítimos. Mediante auto interlocutorio n.º 935/2012, la Sección Primera de lo Civil del Tribunal remitió el asunto al Presidente Primero para su eventual asignación a las Secciones Unidas. No habiéndose solicitado la celebración de vista para alegaciones orales, el pleno pasó directamente a deliberación en sala, emitiendo la sentencia que aquí se comenta.

En primer lugar, el Tribunal señala que la determinación de la competencia administrativa o contable, es decir, la del juez ordinario –en este contexto, competencia sustitutiva de los árbitros–, constituye cuestión de jurisdicción, como ya aclaró una sentencia anterior del Tribunal Supremo, dictada en Secciones Unidas, que data de octubre de 2020 (n.º 23418). A continuación, el Tribunal de Casación señala que, si bien los litigios relativos a las concesiones urbanísticas propiamente dichas son competencia exclusiva del juez administrativo, todos los litigios que, en este contexto, se refieren a derechos subjetivos, pueden resolverse mediante arbitraje ritual en virtud del art. 12 del Código italiano de procedimiento administrativo.

Por ello, en el presente caso el Tribunal consideró necesario realizar una cuidadosa valoración de las pretensiones formuladas en la solicitud de arbitraje originaria, con el fin de verificar si realmente se referían a derechos subjetivos y no a intereses legítimos, y si el tribunal arbitral realmente valoró tales derechos y no se pronunció sobre intereses legítimos.

Por lo que respecta, en particular, a la declaración del derecho de superficie por un supuesto incumplimiento de los plazos de las obras o de las disposiciones relativas a su ejecución, el Tribunal recuerda que este ámbito pertenece

al contexto del cumplimiento del convenio y, por ello, está comprendido en el ámbito del derecho subjetivo, al igual que cualquier otro aspecto relativo a la ejecución fiel del convenio, incluidas las cuestiones relativas a los abusos de la construcción cuando se refieren a este contexto de apreciación.

Después de haber aclarado que –como se ha establecido recientemente en otra sentencia del Tribunal de Casación en Secciones Unidas (n.º 8236/2020)– el litigio relativo a una reclamación de daños y perjuicios, basada en el perjuicio sufrido por la confianza del particular en el dictado de un acto administrativo debido a un comportamiento de la Administración pública supuestamente no conforme con los cánones de equidad y buena fe, el Tribunal subraya que, a este respecto, no es la buena fe a la que se refiere el art. 1 de la Ley de procedimiento administrativo la que debe considerarse, sino la que se refiere a un derecho subjetivo de carácter civil.

En particular, el Tribunal señala que, a los efectos de la existencia de una vulneración de las expectativas de Derecho civil, debe existir un *quid pluris* en relación con la mera inercia o la mera secuencia de actos formales de que se compone el procedimiento administrativo, que integra un supuesto de vulneración de expectativas de derecho común, en el que pueda apreciarse que la Administración se ha desprendido de la función de autoridad, actuando, de hecho, en un ámbito apreciable como una relación común de iguales. Desde este punto de vista examina el Tribunal la solicitud de arbitraje en cuestión, para observar que solo en lo que respecta a algunos de sus agravios alegó CON.CA. un caso concreto de abuso de confianza, en particular en lo que se refiere a la falta de firma de un nuevo contrato marco. Formula a continuación los siguientes principios jurídicos:

Dado que el convenio urbanístico no es susceptible de producir obligaciones para la administración pública, con los correlativos derechos subjetivos del particular, a través de la integración jurídica del convenio en lugar de una medida, por la incompatibilidad del principio de integración del contrato sobre la base de la buena fe con la norma atributiva de la potestad administrativa, la controversia relativa a la falta de adopción de medidas que ha dado lugar a la inejecución del convenio, sujeta a la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa, se refiere a intereses legítimos y no puede ser resuelta mediante arbitraje ritual en derecho; ...

Para que se configure el supuesto de perjuicio a la confianza del particular en el dictado de un acto administrativo debido a una conducta de la administración pública supuestamente contraria a los cánones de equidad y buena fe, y para que la controversia en cuestión, en la medida en que se refiere a derechos subjetivos, pueda ser resuelta mediante

arbitraje ritual en derecho, es necesario que pueda identificarse el comportamiento de la administración pública –distinguible de la mera inacción o de la mera secuencia de actos formales de que se compone el procedimiento administrativo– como causante de un perjuicio al particular con independencia de cualquier ilegalidad de derecho público, es decir, que haya inducido al particular a no hacer uso de los medios previstos para la protección de sus intereses legítimos debido a la razonable expectativa depositada en la emisión de la medida que dejó de adoptarse.

A la vista de lo anterior, el Tribunal, al estimar parcialmente el segundo motivo de casación y devolver el asunto a la Sección Primera de lo Civil para que resuelva, consideró que podía estimar el segundo motivo de casación del Ayuntamiento de Benevento, limitado a la no aprobación de la variación del Plan de Renovación Urbana y a la no aprobación de los proyectos de realización de las obras de urbanización; puesto que estos aspectos, según la Corte Suprema, son relevantes en el marco de un litigio que afecta únicamente a intereses legítimos y no a derechos subjetivos, por lo que son competencia exclusiva del tribunal administrativo.

ORDEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN DE 28 DE ENERO DE 2021 (ARCHIVADO EL 4 DE MARZO DE 2021) EN EL JUICIO N.º 26192/2021

ANDREA COLORIO

Partner de Platter Ausserer Bauer + Partner

ROBERTO OLIVA

Counsel de Pavia e Ansaldo Studio Legale

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 279-281

También es de especial importancia la segunda decisión del Tribunal Supremo de Casación, una orden fechada el 28 de enero de 2021 y archivada el 4 de marzo siguiente en el marco de un recurso registrado con el n.º 26192/2019 por el Ministerio de Economía y Hacienda, la Presidencia del Consejo de Ministros y la Agencia Nacional para la Administración y Destino de los Bienes Embargados y Decomisados a la Delincuencia Organizada.

El recurso versaba sobre la regulación de la competencia contra la sentencia n.º 3575/2019 del Tribunal de Palermo, sección especializada de la empresa, de 18 de julio de 2019, por la que el Tribunal había declarado su incompetencia a favor de la competencia arbitral prevista en el art. 22 de los correspondientes estatutos sociales, en relación con una reclamación de daños y perjuicios formulada contra una de las sociedades implicadas en el procedimiento –que había sido confiscada en perjuicio de sus accionistas a causa de la delincuencia organizada– por la Agencia Nacional de Administración y Destrucción de Bienes Incautados y Confiscados a la Delincuencia Organizada y el Ministerio de Economía y Finanzas.

En concreto, tanto la sociedad como una de sus filiales habían sido objeto de embargo preventivo por parte del juez de instrucción del Tribunal de Marsala en 2007 y, posteriormente, en 2011, ambas habían sido confiscadas en virtud del art. 416 bis, apartado 7, del Código Penal italiano, confiscación que luego se convirtió en definitiva tras el rechazo por parte del Tribunal de Casación de la sentencia de apelación que ya había confirmado la decisión, con el consiguiente registro de la totalidad de la participación accionarial de la sociedad en manos del Estado italiano.

Ello había dado lugar a una acción de responsabilidad en virtud del art. 2.476, párrafo 3, del Código Civil italiano, interpuesta por la citada Agencia Nacional y por el Ministerio contra los antiguos administradores de la sociedad y los antiguos auditores de cuentas; pero el Tribunal de Palermo había sostenido en ese momento su incompetencia sobre la base de la cláusula arbitral contenida en el art. 22 de los estatutos de la sociedad.

Según los recurrentes, la cláusula de arbitraje –que preveía un procedimiento de arbitraje de carácter no ritual, esto es, de eficacia puramente contractual– no es vinculante para el Estado italiano, ya que este, que se convirtió en accionista público a raíz de la confiscación de la sociedad y, por tanto, tras una consecuencia necesaria de un procedimiento destinado a combatir la delincuencia organizada, no tiene el deber de comparecer en un arbitraje en el que, entre otras cosas, se pide al colegio arbitral que actúe como amigable componedor, esto es, en equidad.

A pesar de la solicitud de declaración de la competencia de la junta de arbitraje según el estatuto también por parte del Abogado General en el Tribunal Supremo, la Casación estimó el recurso.

En el marco de amplias consideraciones sobre el estatus de los bienes y propiedades sometidos a medidas penales, como las del presente caso, el Tribunal constata, en efecto, que, en la fase de decomiso definitivo de los bienes y propiedades, el Estado pasa a ser formalmente propietario de los mismos, aunque la Agencia retenga las facultades relativas a su gestión y destino final, y por tanto, no actúa como sujeto empresarial, sino de forma «coactiva» e «instrumental», con la única finalidad de proteger el interés público.

Precisamente en este sentido, el Tribunal observa que –dado que la cláusula arbitral no puede vincular a personas distintas de las que la han estipulado o aceptado, pues supone una excepción a la jurisdicción ordinaria–, en la celebración de la escritura de constitución o en la adquisición de una participación o en otros momentos concretos de la vida de la sociedad, puede apreciarse ciertamente una manifestación de voluntad adecuada: en el presente caso, no existe ninguna manifestación de voluntad por parte del Estado ni

en lo que respecta a la inscripción de la participación ni a la aprobación de la cláusula arbitral.

En efecto, en casos como el presente, el Estado no se convierte en propietario de la participación para obtener beneficios de la misma, con ánimo de lucro, sino con fines puramente público-penales, con sustancial «suspensión» de la causa específica típica de la asunción de la condición de accionista, resultando así inaplicable frente a ella la cláusula arbitral inserta en los estatutos antes de la confiscación. A juicio del Tribunal, tampoco puede ser válida la alegación de los demandados de que, cuando se ejercita una acción al amparo del art. 2.476, apartado 3, del Código Civil italiano, se hace en calidad de subrogación de la sociedad, que, por tanto, se halla sujeta a la cláusula arbitral de los estatutos.

En particular, el Tribunal Supremo recuerda que el art. 2.476, apartado 3, del Código Civil italiano prevé un caso especial de legitimación concurrente y disyuntiva de la sociedad y del accionista respecto de la misma acción, con efectos preclusivos *erga omnes* de la cosa juzgada, con independencia de quién hubiera interpuesto la demanda.

Como de ello se desprende, pues, se confirmó la competencia del Tribunal de Palermo.

ORDEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CASACIÓN N.º 24008/2021, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2021

ANDREA COLORIO

Partner de Platter Ausserer Bauer + Partner

ROBERTO OLIVA

Counsel de Pavia e Ansaldo Studio Legale

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 283-285

En este caso –la orden n.º 24008, dictada por la sección civil primera el 6 de septiembre de 2021–, el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse sobre un recurso contra un laudo arbitral. El laudo había sido impugnado en 2014 ante la Corte de Apelación de Milán, que se había pronunciado en 2016.

Una de las partes, que había permanecido en rebeldía en el procedimiento arbitral, recurrió el laudo por considerar que se había vulnerado el principio de contradicción: en esencia, porque no se le habían notificado los actos del procedimiento arbitral posteriores a los introductorios.

La Corte de Apelación de Milán había considerado que este argumento era infundado, por lo que el recurrente recurrió a la Corte de Casación, reiterándolo.

El Tribunal Supremo también rechazó el recurso. El razonamiento de la decisión recuerda, en primer lugar, el principio –consolidado en la jurisprudencia de legitimidad así como en la de fondo– según el cual cuando las partes no han predeterminado las normas procesales a adoptar, los árbitros son libres

de regular la estructura del procedimiento como consideren oportuno, apartándose incluso de las prescripciones dictadas por el Código de Procedimiento Civil italiano para los procedimientos ante el tribunal estatal, con la única limitación del respeto al principio de contradicción. Sin embargo, el principio de contradicción debe entenderse en un sentido sustantivo y no formal: para que las partes puedan defenderse adecuadamente, se les debe dar la oportunidad de presentar sus respectivas hipótesis, de examinar y analizar las pruebas y los resultados del procedimiento, incluso después de que haya concluido la fase preliminar y hasta el momento de la clausura de la audiencia, y de presentar alegatos y respuestas y de ser informadas oportunamente de las peticiones y solicitudes contrarias.

Dicho esto, lo que permite apreciar la gran prudencia con la que los jueces estatales italianos abordan el examen de un laudo en caso de denuncia por violación del principio de contradicción, el Tribunal de Casación examinó a continuación el fondo de la denuncia del recurrente.

Para ello, examinó en primer lugar las disposiciones que, en los procedimientos estatales, rigen la hipótesis de una parte en rebeldía. Estas disposiciones prevén, en efecto, que se comuniquen los documentos procesales a la parte en rebeldía. Pero no todos: solo algunos: más concretamente, aquellos que puedan influir en la decisión anterior de la parte de no tomar parte activa en el procedimiento (así, en particular, los que contengan nuevas demandas o reconveniones).

No existe ninguna disposición de este tipo con respecto a los arbitrajes regidos según la ley procesal italiana. No obstante, el Tribunal Supremo observa que no hay ninguna razón para que una parte que primero decidió someter un posible conflicto a la jurisdicción arbitral y luego, cuando dicho conflicto surgió y fue efectivamente remitido a los árbitros, optó por no participar activamente en el procedimiento, deba recibir una protección diferente –y sustancialmente mayor– que la concedida a la parte que permaneció en rebeldía ante el tribunal estatal.

Merece la pena citar las palabras precisas utilizadas por el Tribunal de Casación:

Debe considerarse que cuando, en el procedimiento de arbitraje, la parte no presenta su defensa, asumiendo así el papel de parte no activa (papel que, en gran medida, se solapa con el de la parte que no comparece en el procedimiento ordinario de cognición), el respeto del principio de contradicción no implica la adopción de precauciones más amplias que las descritas por el art. 292 del Código de Procedimiento Civil [es decir, la norma procesal relativa a la incomparecencia ante un juez estatal, ed.]. En efecto, no parece razonable suponer que en el procedimiento arbitral el principio de contradicción exija,

respecto de la parte que ha decidido no participar activamente en el proceso, la comunicación de actos procesales distintos y adicionales a los contemplados para quienes no comparecen en el procedimiento ordinario de cognición: casi como si el pronunciamiento del laudo exigiera mayores garantías, en materia de contradicción, que las que rigen el ejercicio de la actividad judicial por parte del juez.

La decisión parece correcta y aceptable, y puede situarse en el marco jurisprudencial que tiende a limitar el alcance de los motivos de recurso contra el laudo, con el fin de respetar la elección de las partes de sustraer sus litigios a la jurisdicción del tribunal estatal.