

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.