Id. Cendoj: 08019310012019100131
ECLI: ES:TSJCAT:2019:5729
ROJ: STSJ CAT 5729/2019
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Resolución: 38/2019
Fecha de Resolución: 23/05/2019
Nº de Recurso: 15/2018
Jurisdicción: Civil
Ponente: MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES
Procedimiento: Civil
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

El defecto de motivación existe cuando el árbitro: a) no explica por qué razón estima atinente el instituto de la caducidad a una acción por responsabilidad contractual en lugar de la prescripción que fue la invocada por la parte instada. b) no determina tampoco la norma legal ni el plazo de caducidad que considera al mencionar únicamente la fecha del dies a quo, la primera liquidación negativa de intereses de varios contratos nov. 2008, y la del dies a quem, la interposición de la demanda arbitral. Los defectos de motivación apuntados deben ser calificados como graves al desconocerse en definitiva las razones últimas que llevan al árbitro a apreciar los elementos configuradores de las excepciones aludidas y partir de una selección arbitraria de la normativa aplicable. Resultando fruto del mero voluntarismo arbitral inciden en una infracción y vulneración del orden público invocado en la demanda y obligan a la Sala a decretar la nulidad del laudo.

Idioma:

Español

Tribunal Superior de Justiciade Cataluña

Sala Civil y Penal

Paseo Lluís Companys, 14-16

08018 Barcelona

Arbitrajes 15/2018

Anulación

Parte demandante: A. FONT E HIJOS 2005, S.L.

Parte demandada: CAIXABANK, S. A.

SENTENCIA NÚM. 38

Presidente:

Ilmo/a Sr/a Don José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilmo/a Sr/a. Doña María Eugènia Alegret Burgués

Ilmo/a Sr/a Don Jordi Seguí Puntas

En Barcelona, a 23 de mayo de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La **Sala Civil y Penal** del Tribunal Superior de Justícia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan al margen, ha visto el presente procedimiento de anulación de laudo arbitral dictado en fecha 18 de septiembre de 2018 por el árbitro D: Tomás Gui Mori. El demandante ha estado asistido por el/la letrado/a D/ª PABLO CAMPRUBI GARRIDO y representado por el procurador Sr/a ANNA CAMPS HERREROS. La parte demandada ha estado asistido por el/la letrado/a D/ª FRANCESC TORRES VALLESPI y representado por el procurador Sr/a RAMON FEIXÓ FERNÁNDEZ-VEGA.

SEGUNDO.- En fecha 29 de noviembre de 2018 tiene entrada en esta Sala Civil la demanda de anulación de laudo arbitral presentada por A. FONT E HIJOS 2005, S.L. contra CAIXABANK, S. A..

TERCERO.- Por decreto de fecha 30 de noviembre de 2018 se admite a trámite la demanda, dando traslado de la misma a la parte demandada por término legal, que la contesta por escrito presentado en fecha 5 de febrero de 2019.

Ha sido ponente el/a magistrado/a de esta Sala Ilmo/a. Sr/a. María Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. A Font e hijos 2005 SL formula una acción de anulación del laudo dictado el día 18-9-2018 en el arbitraje seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona a instancia de dicha sociedad mercantil y que tuvo por objeto las siguientes acciones:

La declaración de nulidad con los efectos legales consiguientes de los cuatro contratos de permuta financiera de interés (conocidos como contratos Swaps) suscritos entre la instante y la entidad bancaria Caixabank por importe en conjunto de más de 4 millones de euros por: a) nulidad radical por falta o ausencia de consentimiento; b) subsidiariamente, anulabilidad por error en el consentimiento; c) subsidiariamente, nulidad radical por infracción de normas imperativas; y subsidiariamente nulidad absoluta por inexistencia de causa.En defecto del acogimiento de las anteriores, acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de la actuación de la entidad bancaria instada en la comercialización del producto.

2. La instante había formulado en el día 17 de diciembre de 2012 demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de primera instancia de Barcelona en el ejercicio de las mismas pretensiones. Admitida a trámite la demanda se emplazó a Caixabank, la cual opuso declinatoria de jurisdicción por sumisión de las partes al arbitraje del TAB, excepción que fue acogida por el Juzgado de Primera instancia mediante Auto de 6 de mayo de 2013 ratificado por la Audiencia provincial mediante Auto de 7 febrero de 2014.

3. En fecha 25 de julio de 2014 se presenta la misma reclamación ante el TAB.

4. La entidad bancaria se opuso a las pretensiones ejercitadas. Alegó en relación con las acciones sujetas a plazo para su ejercicio -como eran, según su escrito las de nulidad relativa o anulabilidad por error vicio y la de reclamación de daños y perjuicios- la caducidad y/o la prescripción al iniciarse el procedimiento arbitral, negando igualmente la existencia de nulidades absolutas del contrato por ausencia de consentimiento y de causa y por infracción de normas imperativas. Finalmente se opuso a todas las pretensiones por razones de fondo.

5. Seguidas las actuaciones arbitrales el árbitro emite el laudo final el día 18-9-2018. Desestima la totalidad de las pretensiones actuadas por hallarse prescritas y caducadas. Ello no obstante el árbitro analizó también las acciones por cuestiones de fondo considerando que eran igualmente rechazables.

6. Por su interés para la debida resolución de la presente demanda de anulación, transcribimos los razonamientos del laudo en orden al motivo principal o *ratio decidendi* de la desestimación:

" VII.- ***La prescripción.***

En relación a las cuatro primeras acciones ejercitadas pro la actora (falta de consentimiento, error vicio en el mismo, vulneración de las normas imperativas e inexistencia de causa), cuando se inicio la actuación arbitral, estaban ya prescritas.

En efecto.

Los cuatro contratos de permuta financiera se firmaron el 23 de julio de 2008 y las primeras liquidaciones negativas se produjeron el primero de noviembre de 2008 (en los tres primeros contratos) y el primero de enero de 2009 (en el cuarto).

Ése es el "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción porque, en virtud del principio de la "actio nata" el deudor era consciente del daño sufrido y podía ejercitar la accion de reclamación si hubiera querido hacerlo.

Refiriéndose expresamente al cómputo del plazo de prescripción, el artículo 121-123 del Códifo Civil de Cataluña, dispone en su apartado 1 que: "El termini de prescripció s'inicia quen, nascuda i exercible la pretensión la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir".

Al recibir la primera liquidación negativa el afectado conocía los efectos desfavorables de las permutas firmadas y podía haber ejercitado la acción de reclamación.

Sin embargo, su primera reclamación formal eficaz no la hizo hasta el 25 de julio de 2014, cuando planteó ante el TAB la instancia formal e inicial del arbitraje.

Y ese día, 25 de julio de 2014, "dies ad quem" de la prescripción, habían trasncurrido CINCO AÑOS Y OCHO MESES desde el primer "dies a quo" (liquidación negativa de 01/11/08) y CINCO AÑOS Y SEIS MESES desde el segundo "dies a quo" (liquidación negativa del cuarto contrato 01/01/09).

En consecuencia, cualquiera que se la norma jurídica de referencia para el cómputo del plazo de vencimiento de la prescripción, ésta se habría ya producido. Sea por el artículo 945 del Código de Comercio , por el artículo 121-21 a) y d) del Código Civil de Cataluña o incluso spor los artículos 1966.3º 0 1968.2º del Código Civil general. Las acciones estaban prescritas y los contratos consumados o totalmente ejecutados.

No es de recibo el criterio de que el "dies a quo" no se produjo hasta la consumación final de los contratos de PFS enb diciembre de 2011.

Ni tampoco que la interrupción de la prescripción se hubiera producido el 17 de diciembre de 2012 con la interposición de la demanda de nulidad ante el Juzgado Decano de los de Primera Instancia de Barcelona (documento núm. 18 de la demanda) con número de registro 055568; pretensión fallida por falta de competencia y en aplicación de la excepción declinatoria de arbitraje planteada de contrario.

VIII.-La caducidad.

En relación con la última acción ejercitada por la actora (reclamación de daños y perjuicios) y en el negado supuesto de que fuera una acción indemnizatoria no contractual; la acción también estaría caducada por aplicación de la doctrina de la "actio ad quem" en la primera liquidación negativa de intereses que la actora considera daños y perjuicios (01/11/08, eso determinaría que entra ambas partes hubieran transcurrido 5 años y 8 meses.

En el mismo sentido que el precepto antes transcrito (121-23 CCC), el artículo 122.5 del mismo cuerpo legal dispone que: El Termini de caducitat s'inicia, si no hi ha normes especifiques, quan neix l'acció o quan la persona titular pot conèixer raonablment les circumstàncies que fonamenten l'acció i la perosna contra la qual es pot exercir".

IX.-Consideración especial de STS 89/18 de 19 de febrero .

La sentencia 89/18 del Pleno del Tribunal Supremo establece frente a la doctrina de la "actio nata" el criterio de la consumación final de los contratos de permuta financiera estableciendo como "dies a quo" el de la extinción del contrato que no se produce hasta el momento de su agotamiento.

Sin embargo, y estudiando en profundidad la totalidad de la misma, se comprende que la razón de ser en el caso concreto fue que hasta ese momento final de la extinción no hubo el conocimiento por parte del cliente de la exitsencia del error o dolo que viciaron su consentimiento. Lo que no es nuestro caso, en que con la primera liquidación negativa se conocían ya los efectos desfavorables y el perjudicado podía haber actuado, porque las siguientes liquidaciones negativas no hicieron más que confirmar ese conocimiento y esa posibilidad.

Pero hay más. La sentencia 89/18 del Tribunal Supremo , que resuelve un caso específico y conreto se refería a un cliente minorista sin ningún tipo de conomientos financieros, el contrato se firmó por un tornero-fresador, sin ningún tipo de asesoramiento especial. En nuestro caso, el cliente era un grupo empresarial, asesorado por un equipo de expertos que le habían venido asesorando desde antes de su constitución societaria en 1992,

atribuyéndose además a la entidad bancaria una intención expresa de dolo o fraude para obtener un beneficio a costa del cliente.

Todas estas circunstancias han sido expresamente valoradas al emitir nuestra opinión. Antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error o dolo no existe posibilidad del ejercicio de la acción, pero desde el momento en que existe ese concomiento, probado documentalmente en nuestro caso, la acción ha nacido y puede ser ejercitada y sólo una conducta voluntaria o tàcitamente evasiva puede hacer comprensible su demora.

Y todo ello sin entrar en la aplicación directa de los artículos 121-23.1 y 122-5.1 de nuestro Código Civil de Cataluña , de aplicación preferente y obligada frente cualquier otro cuerpo legal.

Si se tratara de un procedimiento judicial, la estimación de las pretensiones-excepciones de prescripción y/o de caducidad, podrían conducir a la desestimación, o más técnicamente, inadmisión a trámite de las acciones que constituyen el contenido de la demanda.

Sin embargo, en nuestra opinión como árbitros, nuestra función quedaría incompleta, porque quedaría también imprejuzgado el objeto central de la cuestión litigiosa que es la existencia, validez y eficacia de los cuatro contratos de permuta financiera suscritos por las partes.

Una visión sustancial de la tutela judicial efectiva en su proyección arbitral, nos obliga pues a entrar en el examen del fondo del asunto.

Pero también hay otras tres razones.

En primer lugar, la protección y tutela de los esfuerzos realizados por los letrados de ambas partes que merece, por lo menos, un atención similar al que ha desplegado a lo largo del proceso arbitral y creemos obedece al mandato de motivación del artículo 37.4 de la LA 60/03.

En segundo lugar, esa conducta evasiva a entrar en el fondo, podría constituir una incongruencia omisiva encuadrable entre las "peticiones formuladas y no resueltas en él" del apartado c) del número 1 del artículo 39 LA como susceptibles de complemento.

Y, en tercer lugar, porque la fuerza y eficacia de la cosa juzgada propia del Laudo que se emite, cual si de una sentencia firme se tratare (art. 43 de la LA 60/03 puede servir de doctrina aplicable a otros casos similares, dada la trascendencia social y económica de las cuestiones aquí debatidas (en el sentido del FJ 2 de la STC 155/2009 y el artículo 50.1 b) de la LOTC , moficiado por la LO 6/07.

Con ello entramos pues ya en el análisis jurídico del fondo del arbitraje".

Frente a dicho laudo la parte instante formula acción de anulación que funda en un único motivo, amparado en el subapartado letra f/ del artículo 41.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), esto es por vulneración del orden público.

Tal motivo de nulidad ha sido combatido por la entidad bancaria demandada, la cual entiende -no obstante realizar las pertinentes alegaciones-, que la parte actora no combate propiamente la *ratio decidendi* del laudo que no es otra que la admisión de las excepciones de caducidad y de prescripción de las pretensiones entabladas.

SEGUNDO .- *Arbitraje y acción de anulación*

1. Ello expuesto, antes de entrar en el contenido de la demanda, conviene recordar las características del arbitraje y de la acción de nulidad.

El arbitraje es la institución jurídica según la cual una tercera persona designada directamente por las partes o susceptible de designación según lo convenido, por terceros, resuelve un determinado conflicto intersubjetivo en materias de su libre disposición. Se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente viene vinculado con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (STC de 17-1-2005).

Establece la STC de 2-12-2010 (FJ. 2º) que "... *si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio* ..".

Y recuerda la STC de 11 de enero de 2018 , FJ 3 que: *"Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje "lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos".*

Y es que, en efecto, bien cuando surge una determinada controversia entre las partes, bien en previsión de que pueda surgir en un futuro, personas físicas o jurídicas pueden optar en materias de libre disposición por pactar que sus divergencias sean resueltas por un tercero, el árbitro o árbitros, a cuya decisión se someten.

2. Es consustancial al arbitraje que las partes acepten la decisión del árbitro al que se sometieron, sin perjuicio de que la legislación preserve el principio de tutela judicial efectiva mediante la posibilidad de instar la nulidad del laudo ante la jurisdicción por las limitadas causas establecidas en la ley.

Ello sin duda redunda en el fortalecimiento de la institución por la confianza que ha de generar que laudos que incurran en graves defectos no lleguen a tener eficacia, sin que implique trasladar el examen del conocimiento de la controversia al juez, pues el control judicial del laudo arbitral no debe comprender el fondo del asunto (STC de 11-1-2018).

3. Por ello, el examen del laudo, que la jurisdicción se halla autorizada a efectuar, debe limitarse a un juicio externo atinente al respeto del convenio arbitral, al cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y a la observancia de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE que sean invocados en cada caso por el demandante o como hemos declarado en otras ocasiones (SSTSJ Cataluña nº 50/2014 de 14 julio , 15/2013, de 25 de febrero y 46/2011, de 24 de octubre),

conforme lo declarado en el ATS 21 de febrero de 2006 (rec. 1221-2005) el análisis del laudo debe centrarse en estos extremos: (1) validez y eficacia del convenio arbitral; (2) integridad del procedimiento (proceso justo); y (3) análisis de la arbitrabilidad y del orden público.

4. En este sentido el art. 41 de la ley de Arbitraje vigente establece que el laudo arbitral "sólo" podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos tasados establecidos en dicho precepto, lo cual comporta, como indica la Exposición de Motivos de la LA (VIII) que *"..se sigue partiendo de la base que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros .."* , es decir, como declara el ATC 231/1994, de 18 de julio (referido a la anterior LA 36/1988, pero aplicable igualmente a la vigente) que las causas de anulación judicial de un laudo no se extienden:

"... a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Cierto que, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a Laudos dictados en arbitraje de Derecho que, sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del Laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, habida cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación "ex" art. 45.5 LA 36/1988, conceptuar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público (ATC 116/1992 , f. j. 3º)..."

5. Los motivos de nulidad del laudo se adaptan a la ley modelo Uncitral de 1985 (Art. 34) inspirándose ésta a su vez en los motivos de reconocimiento de laudos extranjeros según el Convenio de Nueva York de 10-6-1958 .

Los motivos de anulación constituyen una lista cerrada no susceptible de ampliación.

Lo recuerda también la STS, Sala 1ª de 22-6-2009 cuando proclama que:

"Por otra parte, la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 , y 761/1996 ..) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988 , 7 de junio de 1990)."

Como se ha dicho, los motivos de nulidad han de ser alegados y probados por quien insta la anulación a excepción de las causas previstas en el art. 41.1 letras b), e) y f) que pueden ser apreciadas de oficio ex art. 41.2 de la LA cuando el tribunal compruebe su existencia.

6. La acción de nulidad, como dijimos en la STSJCat 50/2014, de 14 de julio , viene caracterizada por ser una acción autónoma de carácter rescisorio que se dirige a atacar la eficacia de la cosa juzgada que se otorga a la decisión arbitral desde su dictado de conformidad con los arts. 40 y 43 LA.

La consecuencia de la anulación, caso de declararse, se circunscribe a dejar sin efecto el laudo -en todo o en parte-, pero sin que el Tribunal se halle facultado para resolver el asunto dictando una nueva resolución que sustituya al laudo (STSJ Castilla-La Mancha 1/2013, de 4 de marzo). Tampoco puede dar instrucciones o indicaciones de qué deben hacer tras la anulación, lo que diferencia esencialmente la acción de anulación de un recurso de apelación que, en derecho comparado y en algún país, resulta posible.

En consecuencia la acción de anulación no es equiparable a una segunda instancia, ni permite una nueva valoración de la prueba, ni analizar la corrección en la aplicación de la Ley realizada por los árbitros, en el análisis de la cuestión de fondo, como regla general o en la interpretación, en su caso, de los pactos contractuales.

TERCERO.- *Planteamiento de la parte actora*

1. Sin perjuicio de la falta de técnica y precisión de que adolece la demanda en orden a la inclusión de un buen cúmulo de alegaciones tendentes a combatir cada una de las apreciaciones del árbitro sobre las cuestiones controvertidas, procederemos a entrar en el análisis de lo alegado por la demandante, que, en su caso, el tribunal debera calificar siguiendo el principio del *iura novit curia* ,en atención a que la causa de nulidad es la infracción del orden público que permite incluso una actuación de oficio (STSJCat 13-12-2012 , STSJCat 40/2013 de 6 de junio y STSJCat 64/2017 de 21 de diciembre) .

Con todo, como bien indica la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda, el examen de la extensa demanda de anulación no puede ir más allá de las alegaciones que se refieran a *la ratio decidendi* del laudo, que no es otra que la apreciación por el árbitro de las excepciones de prescripción y de caducidad (STSJCat 6/2016 de 4 de febrero y 12/2016 de 25 de Febrero)

Las restantes argumentaciones de la decisión arbitral, una vez acogidas las excepciones perentorias antes citadas, se revelan innecesarias e improcedentes y sin un fundamento convincente. No lo puede ser ni el esfuerzo llevado a cabo por los letrados, ni una supuesta doctrina o jurisprudencia vinculante de la que carece el laudo (en nuestro derecho solo se predica en cuanto a órganos nacionales de la doctrina del TC ex art. 5.1 de la LOPJ), ni una eventual incongruencia omisiva, de imposible concurrencia cuando se absuelve de una pretensión por apreciarse una excepción procesal o de fondo (SSTC 4/1994, de 17 de enero , FJ 2 ; 52/2005, de 14 de marzo , FJ 2; STC 138/2007 , FJ 2).

2. La parte demandante, aunque centra su desmesurada demanda de nulidad fundamentalmente en las argumentaciones del árbitro sobre el fondo de las cuatro acciones de nulidad contractual en su día formuladas, combate en primer lugar, la apreciación de las excepciones de prescripción y de caducidad como se infiere del contenido del folio 20 de la demanda cuando expresa: *En este sentido* [por transgresión al orden público y la infracción jurídica... existente en torno al tratamiento de los contratos de Swaps] *denunciamos página 5 a 7 del laudo..,* que es donde el árbitro resuelve sobre la prescripción y la caducidad.

Esencialmente focaliza su oposición a las argumentaciones del árbitro en dos cuestiones: por un lado, la confusión en la que habría incurrido el árbitro entre el instituto de la prescripción y el de la caducidad y, de otro, en la omisión o interpretación arbitraria de la doctrina legal en orden al cómputo del plazo de caducidad de las acciones de nulidad de los Swaps. Dicha doctrina, expuesta en la STS, Sala 1ª 89/2018 de 19 de febrero a la que el árbitro dedica un apartado del laudo, precisa que el plazo de caducidad de las acciones de anulabilidad se iniciaría de conformidad con el art. 1301 del CC desde el momento de la consumación del contrato que coincide en los contratos de Swap con el de su extinción o

agotamiento de sus efectos y no con las fechas de las liquidaciones de intereses negativas realizadas por la entidad bancaria.

La causa que ampara la demanda es la infracción del orden público, transgresión que según se infiere del apartado 5 de la demanda (fondo del asunto) contenido en la página 9, se habría cometido por tres vías o modos: por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo y de toda la normativa financiera existente en torno a los contratos referidos; por falta de motivación (art. 37 de la LA) y por haber incurrido el laudo en arbitrariedad e irracionalidad en la valoración de la prueba.

3. Pues bien, prescindiendo de que la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo como tal no constituye un motivo de anulación del laudo, en tanto como hemos visto anteriormente, no es tampoco vinculante en nuestro derecho para jueces y magistrados aunque pueda motivar un recurso de casación si no se la respeta, solo cabe examinar si el pronunciamiento del laudo en orden a las excepciones apreciadas incide en un defecto de motivación susceptible de provocar la nulidad del laudo al amparo de la cláusula de cierre del art. 41.1 de la LA.

CUARTO.- *El defecto de motivación del laudo como integrador de la causa de nulidad referida al orden público*

1. En relación con la causa de anulación del laudo referida al orden público hemos declarado en reiteradas resoluciones - SSTSJ Cataluña 45/2012, de 12 de julio , 27/2013, de 2 de abril y 3/2014, de 7 de enero - que el orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también.

Por ello, el laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciere, aparece la posibilidad del control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles.

2. El TC (entre otras, STC 43/1986, 15 abril y ATC 116/1992, 4 mayo), sostiene que la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24 CE , no tanto porque dicha norma pudiera ser de aplicación directa a los procedimientos arbitrales, en la medida en que precisamente el arbitraje excluye la jurisdicción y desplaza el juego del art. 24 de la CE para someterse al juicio de los árbitros (STC 9/2005 de 17 de enero , STC 2-12-2010 y STC de 11-1-2018), sino por cuanto la Ley de arbitraje de 2003 recoge entre sus normas con carácter imperativo, principios esenciales de cualquier proceso, como son el de igualdad, audiencia, contradicción, defensa, el deber de imparcialidad del árbitro y el deber de motivación de sus resoluciones (art. 17 , 24 y 37.4 de la LA), todos ellos ínsitos también en el art. 24 de la CE y en definitiva en la conformación de todo juicio equitativo (STC 3 de marzo de 2011 que sitúa el arbitraje en la órbita de la Administración de justicia a efectos competenciales).

El árbitro o en su caso la institución administradora del arbitraje no ejercen, estricto sensu, la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la Ley: la función de laudar es pues de interés público porque subviene al mismo fin y

cuenta con la misma fuerza que las decisiones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional.

3. Es por ello que puede hablarse, además de un orden público de contenido material, de un orden público procesal y en dicho sentido, los laudos serán contrarios al orden público procesal en los siguientes supuestos que se enumeran sin ánimo exhaustivo:

(i) La falta de la debida independencia o imparcialidad del árbitro o la Asociación o Institución encargada de la administración del arbitraje (SSTSJ Cataluña 29/2012, de 10 de mayo ; 69/2012, de 19 de noviembre y 78/2012, de 13 de diciembre , entre otras).

(ii) La ausencia de motivación del laudo, bien la absoluta falta de motivación o una motivación aparente o arbitraria (vid STSJ Cataluña 16/2013, de 28 de febrero y STSJ Murcia 1/2014, de 21 de febrero , que la desestiman, entre otras, y STSJ Madrid 23/2012, de 25 de julio y STSJ Cataluña 40/2013, de 6 de junio , que la estiman al no resolver sobre cuestiones propuestas).

(iii) La incongruencia omisiva no contemplada en ningún otro de los motivos de anulación del laudo y cuya existencia daría lugar a indefensión de la parte a la que afectase quien no habría visto resuelta alguna de las cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros.

(iv) La aplicación o inaplicación indebida de la cosa juzgada (STSCat 2/2019 de 14 de enero y las que en ella se citan).

4. De este modo, defectos graves en la motivación han sido considerados por este Tribunal Superior como incluibles en la cláusula de orden público contenida en la letra f) del art. 41.1 de la LA

En concreto en la STSJCat 47/2015, de 15 de junio, se ha señalado que *se produce una equiparación sustantiva entre el contenido de la motivación de un laudo de derecho y el de una sentencia y se pueden aplicar por analogía las normas positivas y la jurisprudencia elaborada sobre los requisitos internos y la finalidad de la motivación de las sentencias" (STSJ Catalunya 53/2014, de 24 de julio que cita STSJ Galicia 18/2012 de 2 may . FD2).*

Y, de igual modo, que *la ausencia de motivación no solamente alcanza la absoluta falta de motivación proscrita en el art. 37 LA que no debe confundirse con la insatisfactoria sino también la motivación aparente en tanto que no puede confirmarse la arbitrariedad de un laudo bien sea en derecho bien sea en equidad* .

En el mismo sentido las SSTSJCat 76/2015 de 2 de noviembre, 6/2016 de 4 de Febrero o 3/2017 de 20 de noviembre.

5. La aplicación de la doctrina constitucional sugiere que no son precisos razonamientos exhaustivos y pormenorizados sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni sobre todos los aspectos y perspectivas que las mismas puedan tener de la cuestión que sea, siendo suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en " el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos si permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión" (cfr. STS 1ª 551/2010 de 20 dic . FD2), pero sin que el hecho de no trasladarse una plena cognición del laudo al orden jurisdiccional signifique que pueda admitirse la falta de coherencia esencial o una palmaria arbitrariedad, pues, en caso contrario sería el tribunal el que faltase a la tutela judicial efectiva establecida en el art. 24 CE , en la medida en que puede examinar la motivación como causa de

anulación por el cauce del orden público.

6. En orden a los requisitos internos de la motivación, la STS de 29 de marzo de 2010 recuerda que el derecho a una resolución fundada, exige una fundamentación jurídica y una coherencia formal, de modo que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.

Por tanto la motivación del laudo como se infiere también de la doctrina del TC (por todas STC 157/2009, de 25 de junio , STC 27/2013 de 11 de febrero , 99/2015 de 25 de mayo , o 65/2016 de 11 de abril) comprende tanto la existencia de un razonable desarrollo argumental sobre la apreciación fáctica, si fuese necesaria, como en la aplicación del derecho cuando, sea por disposición de la ley (art. 1.7 del CC para los tribunales), sea por voluntad de las partes (art. 15.1 y art. 34.1 de la LA en el caso del arbitraje) la cuestión controvertida deba resolverse conforme a normas legales, lo que excluye una selección arbitraria y manifiestamente irrazonable del derecho aplicable que siempre resultaría contraria a lo obligado.

7. Si como decimos este canon de motivación es exigible a los laudos arbitrales en la medida en que los árbitros tienen la obligación legal de motivar, sin distinción en nuestro derecho entre los arbitrajes nacionales, internacionales, de derecho o de equidad, su examen no puede limitarse al control exclusivo de la falta de razones sino que ha de abarcar también su coherencia y su suficiencia.

Serán los tribunales al analizar la acción de anulación del laudo los que deberán distinguir entre los defectos graves de motivación y un pretendido -pero inexistente- derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, cuidando también de preservar la integridad del laudo ante la simple discrepancia de las partes con la resolución fundada en otras interpretaciones posibles de la legalidad ordinaria, por plausibles que estas pudieran ser (STC 27/2013 , de 11 de febrero , FJ 5).

QUINTO.- *Nulidad del laudo por defectos graves en la motivación de la apreciación de las excepciones de prescripción de la acción y de caducidad.*

1. Expuesto lo anterior, la argumentación del árbitro que se ha transcrito en el FJ 1 de esta resolución para apreciar las excepciones de prescripción y de caducidad de las pretensiones que fueron sometidas a su decisión debe calificarse como insuficiente y arbitraria y ello por las siguientes razones:

a) Se aplica, sin explicación alguna y en contra de lo alegado por la parte instante y por la propia instada que había opuesto correctamente la excepción de caducidad respecto de algunas de las acciones de anulabilidad del contrato y la de prescripción respecto de la acción por daños y perjuicios, la excepción de prescripción a las cuatro acciones de nulidad contractual planteadas, esto es tanto a las de nulidad relativa como a las acciones fundadas en la nulidad radical o absoluta respecto de las cuales Caixabank no había alegado, como es elemental (art 6.3 , 1261 , 1300 y 1301 CC), ni la prescripción ni la caducidad.

b) Entendiendo aplicable el cómputo del plazo de la prescripción regulado en el derecho civil de Cataluña no explica el árbitro por qué razón estima atinentes a las acciones de nulidad contractual planteadas los plazos señalados en: a) el art. 945 del Código de comercio referido a las acciones de responsabilidad de los agentes de Bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques; b) el art. 121-21 *a)* del CCCat referido a las pretensiones relativas a pagos periódicos; c) el art. 121-21 *d)* relativo a las pretensiones por

responsabilidad extracontractual ; d) el art 1966. 3 del CC referido las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones por pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves; e) el 1968.2 del CC relativo a las acciones para exigir responsabilidad civil por injuria o calumnia o por culpa o negligencia del art. 1902 del CC .

c) Despacha con un apodíctico "no es de recibo" la alegación de la parte instante sobre que las acciones de anulabilidad por vicio del consentimiento no se hallaban caducadas por computarse el plazo de caducidad del art. 1301 del CC desde la fecha de la consumación de los contratos entendiendo por tal en los contratos de Swap, la fecha de su vencimiento (en diciembre de 2011).

d) De igual forma, esto es, con un "no es de recibo", resuelve que la prescripción de las acciones no pudo interrumpirse en fecha 17 de diciembre de 2012 mediante el ejercicio de la misma acción ante los tribunales de justicia por haber sido desestimada por falta de competencia, cuando antes había considerado aplicable la normativa general del CCCat que expresamente contempla como causa de interrupción de la prescripción en el art. 121-11 *a)* : *el ejercicio de la pretensión frente a los tribunales aunque sea desestimada por defecto procesal.*

2. El mismo defecto de motivación existe en cuanto a la apreciación de la excepción de caducidad de la acción de reclamación de daños y perjuicios por razón del contrato subsidiariamente interpuesta por la instante del procedimiento arbitral por cuanto:

a) no explica por qué razón estima atinente el instituto de la caducidad a una acción por responsabilidad contractual en lugar de la prescripción que fue la invocada por la parte instada,

b) no determina tampoco la norma legal ni el plazo de caducidad que considera al mencionar únicamente la fecha del *dies a quo* , la primera liquidación negativa de intereses de varios contratos nov. 2008, y la del *dies a quem* , la interposición de la demanda arbitral.

3. Los defectos de motivación apuntados deben ser calificados como graves al desconocerse en definitiva las razones últimas que llevan al árbitro a apreciar los elementos configuradores de las excepciones aludidas y partir de una selección arbitraria de la normativa aplicable.

Estas deficiencias no se aclaran tampoco en el apartado IX destinado al análisis de la STS, Sala 1ª, 89/2018 de 19 de febrero , que por demás resulta contradictorio con la apreciación de la prescripción en orden a las acciones de nulidad.

Y es que siendo clara la doctrina legal que en la citada sentencia se contiene en cuanto a la interpretación del art. 1301 del CC en el que se basaba la instancia de nulidad de los contratos Swaps -el momento de consumación del contrato al que se refiere el precepto como día inicial para el cómputo de la caducidad coincide con el del vencimiento o agotamiento de las prestaciones y no con la fecha de las liquidaciones negativas FJ 3. Punto 4- el árbitro concluye que la *ratio decidendi* de la sentencia del TS era que la fecha del vencimiento coincidía en el caso con el conocimiento por parte del cliente de la existencia del error o vicio del consentimiento.

4. En suma, no es que el árbitro deje de aplicar, por discrepar razonadamente de su fundamentación, la doctrina legal existente en esta materia (expresamente dice haberla valorado), doctrina por demás reiterada por las SSTS, Sala 1ª 228/2018, de 18 de abril y 264/2018, de 9 de mayo , ya publicadas cuando se emitió el laudo, sino de aparentar su

acatamiento mediante la tergiversación de su contenido.

5. A lo anterior no obstan las alegaciones realizadas por la parte ahora demandada en su escrito de oposición a la demanda (folios 5 a 7 y 24 a 28 del escrito de contestación) ya que constituyen un hábil intento de completar o rectificar el laudo, modificando sus pronunciamientos. El árbitro aplicó a *todas* las acciones de nulidad contractual formuladas la excepción de prescripción y a la reclamación por daños y perjuicios de carácter contractual, el instituto de la caducidad y eso lo hizo sin explicación alguna que facilitase la comprensión de tal decisión.

El instituto de la prescripción y el de la caducidad no son intercambiables. Vienen configurados legalmente en forma diferente en muchos aspectos trascendentes.

Así: (i) en cuanto a los plazos, recogidos con carácter general en los art. 121-20 al 121-23 del CCCat (que es la normativa que entiende aplicable el árbitro) para la prescripción de las pretensiones, y no establecidos en la regulación general de la caducidad; (ii) en cuanto al momento en que han de computarse los plazos, que en el caso de la prescripción se inician cuando nacida y ejercible la pretensión la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse ex art. 121-23.1 mientras que en el supuesto de la caducidad la regulación (similar a la anterior) se configura con carácter subsidiario al ser solo aplicable *en defecto de normas específicas que otra cosa dispongan* ; (iii) y en cuanto a la interrupción, posible en el caso de la prescripción, e inexistente en el supuesto de la caducidad.

6. Los defectos de motivación apuntados al resultar fruto del mero voluntarismo arbitral inciden en una infracción y vuneración del orden público invocado en la demanda y obligan a la Sala a decretar la nulidad del laudo dictado en fecha 18-9- 2018.

SEXTO.- *Costas*

No se imponen las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes ya que los defectos son imputables al laudo, siendo lógica la postura de la parte demandada defendiendo su validez (art. 394 de la Lec).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, ACUERDA:

La nulidad del Laudo de fecha 18-09-18 dictado en el expediente arbitral núm. 1883/14 por el árbitro Tomás Gui Mori, sin expresa imposición de las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.