



Roj: **STSJ CAT 5459/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:5459**

Id Cendoj: **08019310012018100087**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **4/2017**

Nº de Resolución: **47/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JORDI SEGUI PUNTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

**Arbitrajes** núm. 4/2017

**SENTENCIA NÚM. 47**

**Presidente:**

Ilmo/a Sr. D. José Francisco Valls Gombau

**Magistrados:**

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Maria Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

En Barcelona, a 17 de mayo de 2018

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el procedimiento de **arbitraje** núm. 4/2017 para la anulación del laudo arbitral dictado en fecha en fecha 30 de noviembre de 2017 en el **arbitraje** seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) a instancia de Jardiland España SA. El demandante, " Jardí Mataró S.L", ha sido representado por la Procuradora Sra. EVA PUIG GRACIA y defendido por el Letrado Sr.Christian Vilalta Lamorte. La parte demandada "JARDILAND, S.A. " ha sido representada por el Procurador Sr. IGNACIO LOPEZ CHOCARRO y defendida por la Letrada Sra. Sonia Navarro Rodríguez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 20 de febrero de 2017 tiene entrada en esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Sra. EVA PUIG GRACIA, quien en nombre y representación de la mercantil "JARDÍ MATARÓ, S.L." y bajo la dirección letrada del Sr. Christian Vilalta Lamorte, solicita la anulación del laudo arbitral dictado el 30 de noviembre de 2017 tramitado ante el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) y dictado por el árbitro D. Ricardo Cabanas Trejo.

**SEGUNDO.-** Una vez seguidos los trámites processales pertinentes, y por providencia de fecha 20 de marzo de 2018, se señaló fecha para votación y fallo que tuvo lugar el día 3 de mayo de 2018 a las 10,00.

Ha sido ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Jardí Mataró SL formula una demanda de anulación del laudo dictado en fecha 30 de noviembre de 2017 en el **arbitraje** seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) a instancia de Jardiland España



SA y que tuvo por objeto la resolución del contrato de franquicia y afiliación vigente entre ambas sociedades mercantiles desde octubre de 1997.

La acción de anulación se funda en dos únicos motivos: el primero relativo a la privación indebida del derecho a la prueba con resultado de indefensión, y el segundo, a la vulneración del orden público, amparados respectivamente en los subapartados letras b / y f/ del artículo 41.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre , de **arbitraje** (LA).

Tales motivos de nulidad han sido contradichos por la compañía mercantil demandada.

## **SEGUNDO. Naturaleza y finalidad de la institución arbitral**

Hay que comenzar recordando, como ya hicieran la sentencias de este tribunal 27/2012, de 2 de abril , 33/2013, de 29 de abril , 74/2013, de 30 de diciembre , 53/2014, de 24 de julio y 61/2015, de 27 de julio , entre otras, que el **arbitraje** es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo.

Tal como recordaba la sentencia de este tribunal 78/2016, de 6 de octubre , con invocación de la STC Pleno 174/1995, de 23 de noviembre , "el **arbitraje** se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada".

El **arbitraje** parte de la libertad civil de las partes en la resolución de sus conflictos sobre derechos disponibles sin intervención de los tribunales.

Así lo proclamó la citada STC 174/1995 , subrayando que "la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial".

El principio de voluntariedad es pues básico, si bien una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo dictado es vinculante para ellas, sin que los tribunales puedan revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro.

Por tal razón la vigente Ley de **arbitraje** expresa en su artículo 43, ahora ya con toda claridad tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo , que "el laudo produce efectos de cosa juzgada" y que solo cabe contra él, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para la de sentencias firmes, ejercitar la acción de nulidad del laudo. En atención a la naturaleza propia del **arbitraje**, dicha acción necesariamente debe limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de **arbitraje** o de las garantías esenciales de procedimiento sancionadas en el artículo 24 CE , sin que pueda extenderse a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso.

En concreto, la nulidad del laudo arbitral se funda en motivos tasados -al modo de lo previsto en el artículo 510 LEC para la revisión de las sentencias judiciales firmes-, los cuales, en consonancia con la naturaleza y finalidad del instituto del **arbitraje**, se limitan a contemplar supuestos graves de contravención del propio contrato de **arbitraje** ( artículo 41.1,a LA) y de vulneración de determinadas garantías procesales esenciales reconocidas en el artículo 24 CE y aplicables también en el procedimiento arbitral (subapartados letras b, c, d y e del artículo 41.1 LA), o de los principios de justicia y equidad que conforman el orden público institucional (artículo 41.1,f LA), sin abarcar en modo alguno, por tanto, ni la infracción del derecho material aplicable al caso ni el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral.

Por ello, el examen del laudo que estamos autorizados 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.

## **TERCERO. Supuesta restricción del derecho a la prueba con resultado de indefensión**

1. El primer motivo de nulidad aducido en la demanda se ampara en el subapartado letra b/ del artículo 41.1 LA y se materializa en la afirmación de que Jardí Mataró habría sufrido indefensión en el curso del **arbitraje** toda vez que dos específicos medios de prueba propuestos por esa parte y oportunamente admitidos por el árbitro (exhibición de los libros de comercio de Jardiland y pericial contable del economista don Onesimo , pruebas XI y XII de la parte instada), no fueron llevados a la práctica debido a la continua obstrucción de la contraparte, tratándose de medios de prueba esenciales para resolver la litis.



2. Acerca del derecho a la prueba en general este tribunal se ha pronunciado últimamente en las sentencias 46/2016, de 13 de junio , 54/2016, de 30 de junio , y 74/2016, de 29 de septiembre . Esta última establece las circunstancias que deben concurrir para que se produzca la violación del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa:

a) *tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora el derecho a la prueba ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio. Es preciso, por un lado, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento; y, por otro, que la falta de práctica de los medios de prueba admitidos sea imputable al órgano jurisdiccional ( SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4 ; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 3 ; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5 ; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 ; y 78/2001, de 26 de marzo , FJ 3), salvo los supuestos de rechazo motivado de los medios de prueba producido en el momento procesal oportuno ( SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3 ; 96/2000, de 10 de abril , FJ 2) .*

b) *el alcance de este derecho está sujeto al cumplimiento de la carga que se impone a las partes en el proceso de actuar con diligencia en defensa de sus derechos. No puede alegar indefensión quien se sitúa en ella por pasividad, impericia o negligencia ( SSTC 112/1993 , 364/1993 , 158/1994 , 262/1994 y 18/1996 ) , y*

c) *es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio , FJ 2c)]. Esto se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente ( STC 116/1983, de 7 de diciembre , FJ 3).*

Una aplicación de esa doctrina al procedimiento arbitral se contiene en las sentencias de este tribunal 6/2014, de 23 de enero , 37/2014, de 22 de mayo , y 61/2015, de 27 de julio , señalando en particular esta última que " *no debe olvidarse que el derecho a valerse de las pruebas pertinentes ( art. 24.2 CE ) no tiene carácter absoluto ni faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso -el arbitral incluido-, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción, admisión y práctica de las que, además de haber sido presentadas y/o propuestas en tiempo y forma, sean pertinentes, por su relación más o menos directa, pero en cualquier caso explicable ex ante , con el tema decidendi , y por su aptitud formal y material para acreditar alguno o algunos de los extremos en que se funde la pretensión de la parte que las presente o proponga.*

*En última instancia, la valoración a posteriori de la indefensión eventualmente producida por la inadmisión de una prueba pertinente requiere, además, realizar un juicio de relevancia del medio probatorio y de su capacidad potencial para alterar el sentido de la decisión emitida sin su valoración, porque solo entonces podrá calificarse de decisivo en términos de defensa, y su inadmisión, de determinante de la vulneración del correspondiente derecho fundamental ( art. 24.2 CE ), y, por lo que se refiere a este caso, solo entonces podrá justificarse la anulación del laudo (art. 41.1.d LA) "*

La STC 3/2005 subrayaba que " *para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: a) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y b) la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado- podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional".*

La STS 202/2016, de 1 de abril , reitera que la denegación o la falta de práctica de una prueba adquiere relevancia constitucional solo cuando es "decisiva en términos de defensa", es decir, cuando tiene un valor relevante o una influencia notoria en el resultado del litigio.

3. Para abordar el análisis del expresado motivo de nulidad es obligada una exposición del objeto del proceso arbitral, tal como quedó configurado a través del comportamiento de las partes y de las resoluciones del propio árbitro.

Jardiland España y Jardí Mataró mantenían desde octubre de 1997 una relación continuada de franquicia, novada parcialmente en mayo de 2003, cuya primera prórroga vencía en octubre de 2017.

En fecha 21 de octubre de 2014 la franquiciada Jardí Mataró remitió una comunicación escrita dando por resuelto el expresado contrato en atención a seis diversos incumplimientos del franquiciador, consistiendo



el primero y principal de los invocados en la negativa "a facilitar información necesaria para la obtención de las cifras relativas a las retrocesiones desde el año 2003 hasta 2012 de rappels articulado en el artículo 10 del contrato de franquicia, a fin de que pudiéramos verificar si los pagos efectuados por su parte se ajustaban o no a lo pactado entre las partes". Frente a esa comunicación resolutoria el siguiente día 31 de octubre la franquiciadora Jardiland remitió otra del mismo signo, basada en el incumplimiento de Jardí Mataró materializado en su voluntad expresa de dar por terminada unilateral e injustificadamente la relación contractual.

Jardiland promovió en enero de 2016 ante el TAB el presente **arbitraje** destinado a resolver la relación mercantil con Jardí Mataró por incumplimiento de esta última, al tiempo que reclamaba una condena dineraria de la instada por diversos conceptos (impago de facturas por suministros, cánones y publicidad; lucro cesante; uso indebido de la marca y competencia desleal) que finalmente se cifró en 1.099.030,40 euros.

La parte instada contestó a la demanda arbitral con un escrito en el que negaba toda clase de incumplimiento imputable a Jardí Mataró, reafirmando en que la única incumplidora era Jardiland por los motivos explicitados en su comunicación resolutoria de 21 de octubre de 2014.

Ante ese posicionamiento procesal el objeto del **arbitraje** se centraba, como se cuida de especificar el fundamento jurídico 2º del laudo impugnado, no en la prueba de los incumplimientos imputados por la franquiciadora a la franquiciada, sino más propiamente en la acreditación de la concurrencia de los atribuidos previamente por Jardí Mataró a Jardiland, siempre que fuesen valorados como netamente resolutorios en atención a su esencialidad y gravedad.

Más concretamente, en lo que ahora interesa, la controversia versaba -en palabras del árbitro- sobre "la relevancia resolutoria de la conducta de Jardiland a propósito de los rápeles".

Al respecto Jardiland sostenía que, tras una primera época en que los descuentos - *rappels* o bonificaciones- obtenidos por la franquiciadora de sus proveedores quedaban en beneficio de la central, tal como estipulaba el artículo 10 del contrato de afiliación, sin embargo, a partir del año 2003 y dada la bonanza económica reinante, se convino que Jardiland compartiría con los franquiciados tales descuentos "en proporción al volumen de compras que en relación a cada proveedor realice cada punto de venta", reservándose la franquiciadora el derecho de fijar cada año el porcentaje aplicable en función del crecimiento de la facturación anual del grupo, de modo que desde entonces Jardiland abonó a Jardí Mataró los descuentos que superaban el 3,5% -3,25% en el año 2004- de la facturación con sus proveedores, por bien que precisaba que lo hacía a título de liberalidad y no en concepto de obligada contractualmente.

Frente a ello, la tesis de Jardí Mataró es que los pactos novatorios de 2003 -que perseguían la equiparación de los franquiciados españoles de Jardiland con los franceses- comportaban que Jardiland había de abonar a los franquiciados los descuentos que superaran el 1% respecto de los proveedores nacionales y el 3% de la facturación con los extranjeros siempre que se produjera un incremento de la facturación del grupo, entendiéndose que Jardiland incumplió sistemáticamente ese pacto ya que desde entonces solo efectuó retrocesiones a partir del 3,5% y sin distinguir entre proveedores nacionales y extranjeros.

Debe subrayarse que la discusión habida entre las partes a partir del año 2012 se había centrado en la petición de explicaciones por parte de Jardí Mataró a Jardiland acerca de los criterios aplicados para fijar anualmente la cantidad en concepto de retrocesión de *rappels* . No fue hasta la contestación a la demanda de **arbitraje** que Jardí Mataró fue más explícita, poniendo de relieve que la franquiciadora había incumplido ese aspecto relevante del contrato tanto por razón del erróneo porcentaje aplicado como por haber ocultado de forma maliciosa que en la liquidación de los descuentos no se computaba la totalidad de los proveedores a los que compraba Jardí Mataró.

En visto de ello, Jardí Mataró propuso entre otros muchos elementos de prueba, la consistente en "la exhibición de los libros de comercio de Jardiland: documentación contable y/o fiscal que permita verificar el listado de proveedores a los que se facturaba por dicho concepto" (prueba XI) y la "pericial contable a cargo de don Onesimo sobre los puntos que se indican en las letras a/, c/, d/, e/ y f/ del escrito de proposición de prueba" (prueba XII). Ambas pruebas fueron admitidas por el árbitro previa valoración de su pertinencia y utilidad en resolución de 12 de septiembre de 2016, imponiendo a Jardiland la carga de facilitar al perito cuanta información fuese necesaria bajo apercibimiento de tener por admitidos los hechos expuestos por Jardí Mataró en el escrito de contestación.

Acordada por el árbitro la ejecución de la prueba de exhibición de libros, presupuesto obligado para la confección del subsiguiente dictamen pericial contable, Jardiland enseguida puso reparos a tal exhibición aduciendo tanto que la misma finalidad se conseguía con la aportación por su parte de la declaración tributaria contenida en el modelo 347 de los ejercicios 2004 a 2014 (pruebas IV y V de la instada, también admitidas)





como el carácter secreto de los contratos suscritos con sus proveedores, proponiendo a modo de alternativa que la exhibición de los libros y el subsiguiente análisis pericial de su contenido fuese llevado a cabo por un perito imparcial, distinto del elegido por la instada, designado por ambas partes de común acuerdo o por el colegio profesional de censores de cuentas. Jardí Mataró rechazó ese ofrecimiento -llegó a proponer un perito distinto del señor Onesimo pero también de su elección- y las pruebas finalmente no fueron llevadas a cabo.

El laudo descarta motivadamente los seis diferentes incumplimientos de contrato atribuidos por Jardí Mataró a su franquiciadora. Respecto del incumplimiento relativo al pacto de retrocesión de los descuentos comerciales, razona específicamente (i) que Jardiland no acertó al calificar de mera liberalidad las retrocesiones efectuadas, pues se trataba de una obligación exigible tras la novación de contrato del año 2003, (ii) que no aplicó esa novación de un modo acorde con el espíritu y la letra del pacto, ya que se trataba de introducir un mecanismo de incremento gradual de las retrocesiones en favor del franquiciado, no de mantener un porcentaje fijo, y (iii) que incumplió un deber elemental de información para con el franquiciado al dejar de remitirle a partir de un momento dado el porcentaje aplicado y la lista de proveedores computados.

Ello no obstante, el propio árbitro considera que la imprecisa redacción del artículo 10 del contrato de afiliación introducida con la modificación del año 2003 y el carácter no concluyente de los actos posteriores de las partes (Jardí Mataró consintió durante largos años la liquidación anual efectuada por el franquiciador), impiden atribuir naturaleza resolutoria al incumplimiento de Jardiland dada su falta de gravedad y de claridad, máxime cuando la instada no formuló pretensión reconventional alguna en reclamación de lo que pudiera deberle la franquiciadora por la retrocesión de los *rappels* o descuentos comerciales, lo que relevaba del análisis pormenorizado de esa hipotética deuda.

Es por ello que el árbitro si bien niega el pretexto aducido por Jardiland para negarse a la exhibición de los libros de comercio (por su relación mercantil con la franquiciada, considera que Jardí Mataró no ostenta frente a los libros de esta la condición de tercero al que pueda oponerse el carácter secreto de su contenido), entiende que no era preciso acudir al nombramiento de oficio de un perito al amparo del artículo 32.1 LA, dado que lo relevante a los efectos del objeto del proceso era la acreditación del incumplimiento de contrato específicamente aducido por la franquiciada para resolver en su comunicación escrita de 21 de octubre de 2014, subrayando que Jardí Mataró entre febrero de 2012 y octubre de 2014, incluyendo por tanto ese comunicado, se limitó a reclamar a Jardiland información acerca del porcentaje de retrocesión aplicado, sin hacer mención expresa a la falta de identificación de los proveedores computados para el cálculo de la cifra final.

**4.** La traslación de la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto debatido, vistos los términos en que quedó fijada la controversia, conduce al rechazo de este primer motivo de nulidad del laudo.

Es indudable que dos medios de prueba propuestos por una parte del **arbitraje** y admitidos por el árbitro no llegaron a ser practicados. Y es innegable también, pues así lo razona pormenorizadamente el árbitro en el laudo, que el motivo aducido por la obligada a la exhibición de libros para oponerse a ello carecía de soporte legal (el carácter secreto del contenido de los libros no es oponible a un franquiciado), de modo que, a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta, se darían las dos primeras exigencias para la apreciación de la vulneración del derecho fundamental a la prueba. Por extensión, también carecían de base legal los intentos de Jardiland encaminados a que Jardí Mataró renunciase a la modalidad de práctica de las pruebas controvertidas reputada pertinente y admisible por el árbitro y aceptase la modalidad propuesta por aquella (perito designado de común acuerdo o por designa colegial en lugar del perito designado por la instada).

En cambio, conforme se infiere de lo expuesto en el epígrafe anterior, no concurre la tercera de las exigencias para la apreciación de esa lesión jurídica, puesto que las pruebas omitidas no resultaban decisivas para la suerte del conflicto arbitral.

En efecto, la lectura del laudo evidencia que el núcleo de la controversia entre las partes que desembocó en los respectivos escritos de resolución unilateral de contrato de octubre de 2014 se centraba en la interpretación que hubiera de darse al renovado artículo 10 del contrato de afiliación, es decir, en la gradualidad del novedoso reparto entre franquiciada y franquiciadora de los descuentos comerciales obtenidos por esta última de los proveedores, lo que determinaba cuál debiera ser el porcentaje de descuento a partir del cual surgía el derecho de la franquiciada a su retrocesión por la franquiciadora, quedando en un segundo plano la cuestión relativa al cómputo de proveedores tenidos en cuenta para el cálculo de la cantidad a retroceder.

Pues bien, el árbitro concluye abiertamente que Jardiland incumplió el pacto novatorio de reparto de los descuentos (debió aplicar un porcentaje gradual en vez del fijo abonado durante una década), aunque de inmediato expone las razones (insuficiencias del pacto escrito, actos inconcluyentes de las partes) por las que considera falto de gravedad resolutoria ese incumplimiento parcial o defectuoso, de manera que las cuestiones relativas a la comprobación del ajuste de las cantidades satisfechas en concepto de retrocesión a



lo convenido (tipo de porcentaje aplicado; proveedores efectivamente computados), justificativas *a priori* de la pertinencia y utilidad de los elementos de prueba encaminados a su esclarecimiento, perdían toda relevancia, máxime cuando Jardí Mataró no había discutido explícitamente la cuestión relativa al cómputo de proveedores antes del **arbitraje** y también porque la propia instada -por la razón de estrategia procesal que estimó más conveniente a sus intereses- no formuló en el procedimiento arbitral pretensión reconvenzional alguna en reclamación del crédito que considerase ostentar frente a la franquiciadora por razón de retrocesiones debidas y no satisfechas.

En definitiva, las pruebas no practicadas no habían de tener una influencia notoria o un valor relevante en el resultado del procedimiento arbitral, lo que impide apreciar la concurrencia del primer motivo de nulidad del laudo esgrimido por la instada.

#### **CUARTO. Nulidad fundada en la vulneración del orden público**

En el segundo motivo de nulidad del laudo se denuncia, al amparo del artículo 41.4, f/ LA, la vulneración del orden público en que habría incurrido la resolución arbitral en lo tocante al pronunciamiento sobre las costas, al no haberse atendido al pacto sobre costas alcanzado por las partes, consistente en la aplicación del principio del vencimiento proporcional, en contra de lo prevenido en el artículo 37.6 LA, y porque la motivación de la imposición de la costas "resulta contradictoria en su lógica argumental", por lo que ha de calificarse de "irrazonable, absurda y arbitraria".

2. La sentencia de este tribunal 31/2017, de 8 de junio, reproducida en lo esencial en la sentencia 1/2018, de 8 de enero, expuso que " el motivo de nulidad basado en la contravención del orden público encuentra su precedente en la Ley de **arbitraje** anterior, Ley 36/1988. Según su Exposición de motivos el concepto de orden público "habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución". Y el Tribunal Constitucional ha declarado, en sentencia de 15 abril de 1986, que para que un laudo arbitral sea atentatorio contra el orden público es preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I, de nuestra Constitución por el art. 24 de la misma ".

A su vez, la STSJCat 2/2017, de 16 de enero, recordaba, con cita de otras anteriores ( SSTSJ Catalunya 45/2012, de 12 de julio, 27/2013, de 2 de abril, 3/2014, de 7 de enero, 50/2014, de 14 de julio y 47/2015, de 15 de junio, entre otras), 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.

Por ello, el laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciera, 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. El TC (entre otras, STC 43/1986 y ATC 116/1992), 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, lo que igualmente viene a ser recogido en el artículo 24 LA que establece la aplicación, para el procedimiento arbitral, de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; así como también el de proscripción de la arbitrariedad patente, referida en el art. 9.3 CE ".

En este sentido, en la STSJCat 47/2015, de 15 de junio, se razonaba que " hemos diferenciado en diversas resoluciones de esta Sala en el orden público que es un concepto jurídico indeterminado y a los efectos de afinar su contenido, como se recoge en la STSJ Catalunya 30/2014, de 5 de mayo, con cita de otras resoluciones de esta Sala ( SSTSJC 2- 04-2012, 10-05-2012, 12-07-2012 y 19-11-2012 ) que éste puede contemplarse en un doble sentido: material y procesal. En sentido material, la vulneración tiene lugar cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. En cambio, desde el punto de vista procesal, se puede atentar contra el orden público cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes ".

Más específicamente, la sentencia de este tribunal 3/2014, de 7 de enero, invocada por la demandante de nulidad (aunque por mero error tipográfico sea citada como de fecha 7 de enero de 2017), tras subrayar que la regla primaria en materia de costas en el **arbitraje** es la de libertad de pacto conforme enuncia el artículo 37.6 LA, concluye que " la condena en costas solo afecta al orden público cuando no se tiene presente el pacto o se produce una interpretación del mismo que incida en palmaria arbitrariedad ".

3. El apartado 6 del artículo 37 LA dispone efectivamente que, "con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del **arbitraje**, que incluirán los honorarios y gastos



de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del **arbitraje** y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral".

En la petición inicial de **arbitraje** cumplimentada por Jardiland en enero de 2016 se escogió en materia de costas la modalidad de "imposición proporcional de acuerdo con el principio de vencimiento", figurando en la propia petición el siguiente texto prerredactado por el TAB: " *No oblidí esmentar la condemna en costes a les seves al legacions i que a manca d'acord l'article 21 del Reglament estableixque es regiran pel venciment, tot i que això no exclou que els àrbitres puguin aplicar el principi de la temeritat o de la mala fe processal* ".

La oposición de Jardí Mataró presentada el siguiente 17 de febrero asumía que las costas del **arbitraje** se distribuyeran " *d'acord amb el venciment proporcional, previst a l'art. 21 del Reglament del TAB* ".

El TAB en sesión de 15 de marzo de 2016 admitió a trámite el **arbitraje** y acordó, entre otras medidas, que las costas se regirían por el artículo 21 de su Reglamento. El acta de inicio del **arbitraje**, del siguiente 31 de mayo, refrendó la sujeción de las costas a esa norma reglamentaria, sin perjuicio de lo cual las partes encargaron al árbitro que cuantificase el importe de las costas de conformidad con lo establecido en las normas orientadoras en materia de honorarios del ICAB y convinieron que presentarían sus respectivas proformas de minuta de honorarios junto con el escrito de conclusiones.

El artículo 21 del Reglamento del TAB , dedicado a las costas del **arbitraje**, dispone lo siguiente: " *En defecto de acuerdo de las partes el sistema de costas se regirá por el vencimiento, pudiendo imponerse por parte del árbitro un porcentaje inferior si el vencimiento no fuese total. No obstante, en cualquier caso, el árbitro tendrá la libre potestad de efectuar una condena en costas por temeridad o mala fe arbitral* ".

El pacto por el que Jardiland y Jardí Mataró acordaron someter a **arbitraje** las cuestiones relativas a la interpretación, ejecución y validez del contrato de franquicia estipulaba expresamente la sujeción "al **arbitraje** institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, encomendando al mismo la designación de árbitros y administración del **arbitraje**", por lo que indudablemente las partes quedaron sujetas al referido artículo 21 del Reglamento de TAB .

Sobre tales premisas la decisión del árbitro en materia de costas en absoluto resulta arbitraria o absurda ni tampoco contraria al orden público.

El laudo parte del acuerdo de las partes en orden a la distribución de las costas en atención al principio de vencimiento proporcional, a cuyo efecto entiende que la estimación en una quinta parte aproximada de la pretensión global de la instada (173.421,40 ? de un total de 1.099.030,40 ?) habría de originar la condena en costas de la instada en esa proporción, a partir de la cifra de honorarios establecida por la letrada de Jardiland -como también hiciera el letrado de la instada- en fase de conclusiones, pero a continuación hace uso de la facultad que le atribuye el repetido artículo 21 del Reglamento del TAB para apreciar, "en cualquier caso", la mala fe arbitral de una de las partes, en este supuesto, la instada Jardí Mataró, de manera que acuerda que esta asumirá el pago de la mitad de las costas de la defensa letrada de la contraparte.

Cabe subrayar que la sujeción de las partes del **arbitraje** al Reglamento del TAB es convencional, por lo que ambas quedaban vinculadas por las reglas de su artículo 21 , las cuales proclaman la preeminencia del acuerdo entre las partes pero también la operatividad "en cualquier caso", es decir, también a modo de correctivo del acuerdo convencional, de la facultad del árbitro para apartarse del pacto en caso de apreciar mala fe procesal de alguno de los contendientes.

Por lo demás, la propia demandante de nulidad admite expresamente que la apreciación de mala fe procesal efectuada por el árbitro "no forma parte del juicio externo al que puede extenderse esta Sala en orden a la impugnación del laudo".

Así las cosas, comoquiera que el árbitro consideró que la instada actuó con mala fe en la oposición al **arbitraje**, estaba sin duda facultado para apartarse del criterio de distribución proporcional de las costas alcanzado por las partes, y establecer la condena en costas más ajustada a la concurrencia de esa mala fe, lo que se tradujo en la imposición a cargo de Jardí Mataró del 50% de la minuta de honorarios de la letrada de la instada.

Tampoco es apreciable la segunda arbitrariedad denunciada por la demandante de nulidad en la distribución de las costas.

Así es porque la referencia efectuada por el árbitro en la parte dispositiva del laudo a los "criterios orientadores" en materia de honorarios del ICAB, no perseguía más que poner de relieve -tal como aclarase la resolución complementaria del siguiente 19 de diciembre- que asumía la cuantificación de honorarios realizada por la letrada de Jardiland en el trámite de conclusiones al amparo de esas reglas colegiales y a sabiendas de su estricto carácter de mera recomendación (la letrada de Jardiland aplicaba algún factor de corrección al alza y



prescindía de algún otro de moderación, en coincidencia justamente con lo que hiciera el letrado de la instada en idéntico trámite). Nótese que la presentación de las respectivas minutas de honorarios "devengados" en el trámite de conclusiones del **arbitraje**, sin conocer por tanto el sentido del laudo, se hizo siguiendo lo convenido expresamente por ambos letrados al inicio del **arbitraje**, con lo que evidenciaban su común propósito de prescindir de toda revisión de honorarios para el caso de estimación parcial de las pretensiones de condena formuladas, sin perjuicio de la adaptación que pudiera realizar el árbitro al amparo de la previsión del segundo inciso del artículo 21 del Reglamento del TAB .

En definitiva, no se advierte arbitrariedad ni incongruencia alguna en la referencia del laudo a las normas colegiales de cálculo de los honorarios.

#### **QUINTO.Costas del litigio**

La desestimación de la demanda de nulidad acarrea la imposición de las costas devengadas a la sociedad reclamante, todo ello con arreglo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 394.1 LEC .

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, ha decidido:**

**DESESTIMAR** la demanda de nulidad del laudo arbitral dictado el día 30 de noviembre de 2017 por el árbitro don Ricardo Cabanas Trejo en el procedimiento de **arbitraje** número 1943/2016 formulada por Jardí Mataró SL, con imposición de las costas de este proceso a la demandante de nulidad.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así lo acuerdan mandan y firman los Sres. Magistrados referenciados al margen, doy fe.