

Juzgado de Primera Instancia**JPI de Madrid Sentencia num. 122/2016 de 3 marzo****JUR\2016\78304**

Contratos mercantiles. Energía.

Jurisdicción: Civil

Procedimiento 70/2015

Ponente: Ilmo. Sr. D. Arturo Hernández Presas

SENTENCIA nº 122

Que en la villa de Madrid, a 3 de MARZO de 2016 pronuncia ARTURO HERNÁNDEZ PRESAS, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 54, en el juicio ordinario número 70/2015 seguido a instancia de ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L. , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. García Riquelme y defendida por Letrada Sra. Ruiz Ezquerra, frente a BP OIL ESPAÑA S.A , representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén y asistida de Letrado Sr. Albert Albert, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 16 de enero de 2015 fue presentada demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. García Riquelme en nombre y representación de la ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L. frente a BP OIL ESPAÑA S.A, exponiendo en ella los hechos y fundamentos de derecho en los que se basaba su pretensión y acompañando documentación -incluido informe pericial- en apoyo de la misma, en reclamación de 489.591,84 euros, intereses y costas. Repartida a este Juzgado la demanda tuvo entrada en el mismo el 27 de enero.

SEGUNDO .- Una vez que la actora aportó, a requerimiento del Juzgado, la tasa cumplimentada, por decreto de 19 de febrero de 2015 se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a BP OIL ESPAÑA S.A. a fin de que, en veinte días, compareciera en autos y contestara a la demanda, bajo apercibimiento de ser declarada en rebeldía.

TERCERO .- En escrito presentado el 26 de marzo de 2015 y encabezado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén la demandada BP OIL ESPAÑA se opuso a la demanda en base a los hechos y fundamentos que se expresan en el mismo, acompañando documentación y anunciando la aportación de dictamen pericial.

CUARTO .- Con escrito presentado el 26 de mayo la demandada aportó informe pericial.

QUINTO .- El 3 de junio de 2015 se celebró la audiencia previa al juicio a la que comparecieron las partes, representadas por sus Procuradores y asistidas de Letrado, sin que pudiese alcanzarse un acuerdo. La actora se ratificó en su demanda, la demandada en su oposición, pronunciándose sobre los documentos aportados y fijando los hechos controvertidos. Recibido el juicio a prueba se admitieron como medios de prueba la documental aportada, más documental, interrogatorio de demandada, testifical y pericial, acordándose igualmente el interrogatorio testifical por escrito de la Dirección General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la Compañía Logística de Hidrocarburos.

SEXTO .- En fechas 27 de julio y 2 de septiembre de 2015 tuvieron entrada contestación escrita de ambos organismos.

SÉPTIMO .- En escrito presentado el 18 de septiembre de 2015 la actora solicitó aclaración y complemento respecto de la contestación dada por CLH.

OCTAVO .- La vista se celebró el 22 de septiembre de 2015 y en ella se practicó el interrogatorio del representante de BP D. Jaime , y de los peritos D^a. Tamara , Jose Carlos y D. Juan Alberto , no compareciendo el testigo propuesto por la demandada D. Bartolomé . Tras la práctica de la prueba se concedió la palabra a los Letrados de las partes para concluir, quedando el juicio visto para sentencia. La parte actora reiteró en la vista su petición de diligencia final formulada por escrito, acordándose en ese mismo acto dar traslado por dos días a la demandada BP para que, en su caso, pudiera efectuar alguna otra aclaración a raíz de la formulada por SANTA QUITERIA.

NOVENO .- En escrito presentado el 25 de septiembre BP OIL ESPAÑA alegó que la aclaración era innecesaria, al estar ya contestada por CLH, si bien subsidiariamente interesaba añadir nueva aclaración; oponiéndose en cualquier caso al complemento pretendido por SANTA QUITERIA.

DÉCIMO .- Por auto dictado el 1 de octubre de 2015 se acordaba como diligencia final librar nuevo oficio a CLH para que aclarara su respuesta dada en fecha 23 de julio, pero no haber lugar al complemento interesado por la ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA.

UNDÉCIMO .- Recurrido por la actora el auto en reposición, por resolución de 7 de diciembre de 2015 se estimó el recurso y se acordaba el complemento solicitado, que CLH cumplimentó en escrito que entró en el Juzgado el 30 de diciembre de 2015, dándose en resolución de 8 de enero de 2016 traslado a las partes por cinco días para que emitieran conclusiones respecto del mismo.

DÉCIMO SEGUNDO.- Ambas partes presentaron escritos en fecha 21 de enero de 2016, los cuales no tuvieron entrada en el Juzgado hasta el 2 de febrero, dictándose el 3 de febrero diligencia de ordenación por la que quedaban los autos definitivamente vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

DEMANDA FORMULADA POR ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L.

Ejercita ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L. acción por la que solicita se declare que BP OIL ESPAÑA ha incumplido el contrato suscrito entre las partes de fecha 1 de agosto de 2009 por aplicar indebidamente un mayor precio al convenido para la determinación del precio de adquisición de los productos objeto de suministro; condene a BP a estar y pasar por esta declaración y a indemnizar a la demandante por los daños y perjuicios que cuantifica en 489.591,84 euros y al pago de las costas. Se alegan, en resumen, los hechos siguientes:

SANTA QUITERIA es una mercantil dedicada al comercio al por menor de combustibles para la automoción en establecimientos especializados, siendo propietaria de la ES nº 15.159 en Almazora y arrendataria de la ES nº 15.715 en Villarreal, ambas de la provincia de Castellón.

El 1 de agosto de 2009 la demandante y BP, empresa dedicada al comercio al por mayor de combustibles sólidos, líquidos y gaseosos, firman sendos contratos de abanderamiento y compra en exclusiva en relación con aquellas dos estaciones de servicio, de idéntico contenido, por plazo de cinco años, previéndose su finalización el 31 de julio de 2014.

En desarrollo de los mismos, SANTA QUITERIA compraba en exclusiva a BP la totalidad de los combustibles y carburantes que se expendían en las estaciones de servicio. Sin embargo, la demandada ha venido incumpliendo lo convenido respecto del precio de adquisición, pues entre el 1 de agosto de 2009 y el 31 de diciembre de 2012 ha incrementado dicho precio en perjuicio de SANTA QUITERIA al considerar que el coste del producto identificado con el Impuesto Especial de Hidrocarburos (IEH) tenía un valor superior al real, obviando la exención aplicable a los biocombustibles y biocarburantes (BIOS). Y desde el 1 de enero de 2013 y hasta el 31 de julio de 2014 BP ha adicionado de forma unilateral y arbitraria y en perjuicio de SANTA QUITERIA un nuevo concepto: sobrecoste de los biocombustibles.

El precio de adquisición de los distintos productos (las diferentes gasolinas y gasóleos para la automoción) se calculaba en la cláusula séptima de contratos conforme a una fórmula desarrollada en su Anexo II, que comprendía de diversos sumandos: cotización PlattŽs, Impuesto Especial de Hidrocarburos, prima e IVA.

La cotización del precio de cada producto según el PlattŽs -que refleja el valor de transacción de los productos petrolíferos objeto de cotización, proporcionado diariamente por la organización del mismo nombre- es uno de los elementos de la fórmula que requería de concreción por las partes. En este caso, se tomó como base la cotización HIGH CIF MED para los diferentes tipos de combustibles (gasóleo A, gasóleo BP ultimate diesel, gasolina 95 y gasolina BP ultimated Sp98), conforme a unas cotizaciones que vienen en dólares/toneladas y debe hacerse el cambio al euro, teniendo que aplicarse igualmente unas densidades para convertir las unidades de peso en volumen.

La prima era idéntica respecto de cada uno de los tipos de gasolinas y gasóleos, y se sumaba al resto de la fórmula para hallar el precio antes de impuestos.

La cuantificación del Impuesto Especial de Hidrocarburos no dependía ya de la voluntad de las partes sino de la normativa aplicable, Ley 38/1992 de 28 de diciembre (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) y Reglamento aprobado por Real Decreto 1.165/1995 de 7 de julio (RCL 1995, 2212 y 2594) , de ahí que no se desarrollara en el Anexo II del contrato.

La demandada BP era la obligada al pago de este impuesto monofásico, que grava el consumo de hidrocarburos. No obstante, la Ley 53/2002 de 30 de diciembre (RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933) introdujo una novedad consistente en la aplicación de un tipo cero euros por 1.000 litros del Impuesto para biocarburantes (BIOS), aunque se encuentren mezclados, como medida de fomento en este tipo de carburantes de origen agrícola o vegetal y a fin de compensar el mayor coste en ese momento de su producción; esto es, a partir de la entrada en vigor de dicha norma se aplicaba una exención del impuesto especial a los BIOS mezclados con carburantes de origen mineral. Según establecía la propia Ley, tal exención estaría vigente hasta finales del año 2012.

No obstante, ese mayor coste de los BIOS no ha sido una constante, pues ha fluctuado en cada momento, al igual que el del combustible de origen mineral.

BP, obligada a vender el producto mezclando carburantes de origen fósil con BIOS en distintas proporciones (lo que perfectamente conocía al tiempo de formalizar los contratos en 2009), se ha visto beneficiada del tipo especial 0 (exención) hasta diciembre de 2012, pues a la salida del producto mezclado del depósito de CLH la demandada paga la cuota del impuesto única y exclusivamente sobre la parte correspondiente al gasóleo convencional. Pese a ello, y sin estar así pactado, BP procedió a incrementar desde el inicio del contrato el precio de adquisición del producto incluyendo el importe correspondiente al impuesto especial, no sólo sobre la parte de carburante de origen fósil, sino sobre la totalidad del volumen de litros de combustible suministrado a SANTA QUITERIA, por tanto también sobre la parte correspondiente al BIOS y como sobrecoste (no como repercusión del impuesto, que en todo caso paga BP) ignorando de esta forma que esa parte se encontraba exenta del impuesto, no respetando así la fórmula de cálculo del precio de adquisición convenida entre las partes, pues en la prima ya se incluían todos los costes adicionales y beneficio esperado del vendedor.

La Ley 2/2012 de 29 de junio (RCL 2012, 909 y 1093) suprimió, con efectos 31 de diciembre de 2012, el tipo cero o exención que hasta el momento tenían los BIOS. A partir de entonces, BP remitió a ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA comunicaciones en las que informaba de la aplicación a partir de enero de 2013 de un sobreprecio en la facturación (además del IEH sobre la totalidad del producto), lo que dio lugar a que la demandante denunciara por escrito y verbalmente a BP la incorrecta cuantificación de la prima, pues se trataba de una adición unilateral y arbitraria sobre el precio en su día convenido.

Los importes aplicados en exceso por BP han ocasionado a SANTA QUITERIA un grave perjuicio económico durante el periodo comprendido entre agosto de 2009 y diciembre de 2012 por hacer soportar a SANTA QUITERIA como parte del precio de adquisición el impuesto sobre el 100% del producto, y no sólo sobre la parte correspondiente al combustible de origen fósil no exenta, perjuicio que ha sido calculado pericialmente en 358.164,66 euros para las dos estaciones de servicio, cálculo realizado por la comparación entre el precio fijado en las facturas y el que hubiera correspondido abonar realmente a SANTA QUITERIA conforme a lo convenido en el contrato.

Y para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de julio de 2014, por la aplicación de un sobre coste no autorizado en el precio, el perjuicio causado ha sido calculado en otros 132.925,82 euros.

Si SANTA QUITERIA abonó sin oposición las facturas durante el primer periodo de tiempo fue porque entendió de buena fe que los precios facturados por BP eran los correctos conforme a lo convenido en el contrato, no porque diera su conformidad a ese exceso cobrado indebidamente por la demandada, por lo que al interponer la demanda SANTA QUITERIA no actúa contra sus propios actos.

SEGUNDO

CONTESTACIÓN DE BP OIL ESPAÑA S.A.

BP OIL ESPAÑA se opone a la demanda alegando que el precio de adquisición del producto siempre se ha ajustado a lo convenido en los contratos y negando haber facturado indebidamente el impuesto o haber incrementado unilateralmente el precio.

El precio de adquisición pactado en el contrato se determinaba por el precio de la materia prima que se suministraba, la prima y el IVA.

La cotización PLATTŽs era uno de los elementos determinantes en el contrato para calcular el precio de adquisición, y representaba el coste del combustible de origen mineral que sirve de materia prima al producto que comercializa BP. Sobre él se repercutía a SANTA QUITERIA en el precio de adquisición el sobre coste que le suponía a la demandada el importe pagado por BP del Impuesto Especial de Hidrocarburos, circunstancia esta que no es cuestionada en la demanda.

En ningún caso BP trasladó a SANTA QUITERIA antes de diciembre de 2012 importe ninguno correspondiente al impuesto aplicado al porcentaje de biocombustible incorporado al producto pues, en efecto, dicha parte de la mezcla se encontraba exenta del impuesto, exención que introdujo la Ley 53/2002 de 30 diciembre (RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933) como medida para fomentar el uso de los biocarburantes, además de otra serie de incentivos en esta y otras normas. Con ello se pretendía compensar el sobrecoste que suponía incorporar este tipo de biocarburantes a los convencionales, sufragados por los operadores pero que se repercutían al cliente final.

Dado que no existe una cotización análoga en el mercado español para los biocombustibles, el sobrecoste que BP paga a sus proveedores por el precio mayor pagado por el BIOS había de ser igualmente trasladado SANTA QUITERIA, calculándolo en función de la diferencia pagada por este respecto del que es de origen mineral. En ningún caso BP repercute a SANTA QUITERIA el impuesto de la parte de biocombustible, al encontrarse efectivamente exenta.

De esta forma, hasta diciembre de 2012, BP servía a SANTA QUITERIA el combustible solicitado con mezcla de combustible mineral y de BIOS en la proporción determinada en la norma, pero sin facturar cantidad ninguna en concepto de impuesto especial, ni sobre la parte del combustible mineral ni sobre el BIOS. Únicamente incluía, como parte del precio de adquisición, el sobrecoste que para los combustibles fósiles era el equivalente al importe soportado por el operador en concepto de impuesto Especial no exento; y para los BIOS, que se encontraban exentos del impuesto, el mayor precio pagado por el operador para la adquisición de la materia prima respecto del combustible mineral.

La Ley 2/2012 puso fin al tipo impositivo cero que venía aplicándose a los biocombustibles. De esta forma, al mayor precio que BP tenía que pagar por los biocombustibles se añadía la nueva imposición consecuencia del fin de la exención.

De esta forma, a partir del mes de enero de 2013 y tras el fin de la exención fiscal, el precio de adquisición pagado por SANTA QUITERIA incluía, como parte del precio de adquisición facturado, el sobrecoste de los combustibles fósiles equivalente al importe soportado por el operador en concepto de impuesto especial; y para los BIOS, tanto el mayor precio pagado por el operador para la adquisición de la materia prima respecto del combustible mineral como el importe soportado por el operador en concepto de impuesto Especial sobre la parte de BIOS que dejó de estar exento.

BP comunicó ese incremento del coste en correo electrónico de 27 de diciembre de 2012 indicándole los sobrecostes para cada uno de los diferentes productos, y otro posterior de 5 de marzo de 2013 raíz de la publicación del RD 4/2013 de 22 de febrero, que acuerda una rebaja en los objetivos de consumo obligatorio de biocombustibles.

Con ello no se pretendía incrementar el margen de beneficio de BP, sino evitar que el contrato fuese deficitario, que es lo que habría ocurrido si no se hubieran repercutido tales sobrecostes, como hicieron, por otra parte, todos los operadores; costes que, en todo caso, las estaciones de servicio trasladaban al cliente final, por lo que no podría en ningún caso existir perjuicio ninguno para SANTA QUITERIA.

TERCERO

ANTECEDENTES NORMATIVOS. EL CONTRATO ENTRE LAS PARTES. HECHOS NO CONTROVERTIDOS.

A fin de resolver la cuestión planteada debemos partir, de forma muy resumida, de los siguientes hechos y datos fundamentales, no controvertidos y/o deducidos de la normativa existente sobre la materia:

1º) El Impuesto Especial sobre Hidrocarburos (IEH) es un impuesto indirecto y monofásico que se encuentra regulado en la Ley 38/1992 de 28 de diciembre (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) desarrollada por Real Decreto 1165/1996 de 7 de julio y grava el uso de los hidrocarburos como carburantes o como combustibles.

Sujeto pasivo del impuesto es la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH) como titular de los depósitos fiscales donde es introducido el carburante por BP y otros operadores, repercutiéndola CLH a dichos operadores en el momento en que se produce la salida del producto de dicho depósito fiscal, que cuando se produce el devengo del impuesto tras el periodo suspensivo.

2º) La Ley 53/2002 de 30 de diciembre (RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933) de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social introdujo en la Ley 38/1992 el artículo 50 bis relativo a la aplicación del tipo especial de "cero euros" por 1.000 litros para los biocarburantes (BIOS) aunque estos se utilizaran mezclados con otros productos. Su finalidad era "fomentar la utilización de estos biocarburantes de origen agrícola o vegetal" y "compensar el mayor coste de la producción de los biocarburantes que, en cambio, presentan evidentes ventajas medio ambientales y energéticas frente a los carburantes fósiles convencionales" . Según el propio artículo 50 bis de la Ley, tal exención tendría "efectos hasta el 31 de diciembre de 2012" , vigencia que se anunciaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley 53/2002 .

Distintas normas han venido estableciendo unos porcentajes mínimos obligatorios de biocombustibles sobre el total de gasolinas y gasóleos de automoción cuyo cumplimiento tiene que ser acreditado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3º) En fecha 1 de agosto de 2009 la ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L. y BP OIL ESPAÑA formalizaron sendos contratos relativos a las estaciones de servicio sitas en Almazora y Villarreal, ambas en la provincia de Castellón y de las que la demandante es propietaria y arrendataria respectivamente. Su objeto era un conjunto de prestaciones denominadas genéricamente como "abanderamiento" , suministro en exclusiva de carburantes y combustibles de automoción, exhibición y publicidad, venta y uso de lubricantes y productos finales, así como la cooperación técnica y comercial entre ambas mercantiles.

Los dos contratos, de idéntico contenido, se pactaban por plazo de cinco años, previéndose su finalización el 31 de julio de 2014.

La cláusula 7ª de los contratos establecía las "condiciones de venta" por remisión al ANEXO II.

El precio de venta de BP a SANTA QUITERIA venía establecido en función de la cotización PlattZs publicada el día de suministro respecto de los diferentes tipos de combustible (gasóleo A; gasóleo Bp Ultimate Diesel; gasolina 95; gasolina Bp Ultimated SP98). Por venir referida dicha cotización a "dólares/tonelada", el propio contrato preveía la conversión a euros y el criterio de transformación de la unidad de peso a volumen mediante la aplicación de determinadas densidades que se especificaban en el Anexo, de manera que la facturación de BP OIL ESPAÑA era en euros/m³.

Tal importe se incrementaba en el contrato con la prima que, para cada tipo de combustible, igualmente se especificaba.

ESTACION DE SERVICIO SANTA QUITERÍA tenía libertad para fijar los precios de venta al público de los carburantes y combustibles suministrados por BP OIL ESPAÑA, sin perjuicio del precio recomendado por la operadora a título meramente informativo.

El Anexo II de los contratos no contenía mención ninguna a los conceptos impositivos relacionados con esta actividad; en concreto, al IEH y al IVA.

4º) Durante la vigencia del contrato, BP OIL ESPAÑA suministraba a SANTA QUITERIA productos con mezcla de carburantes de origen mineral y biocarburantes.

No obstante no aparecer previsto expresamente en el contrato, una vez devengado y pagado por BP a CLH el impuesto especial sobre la parte del producto respecto del que existía obligación legal de tributar hasta el 31 de diciembre de 2012 (esto es, el de origen fósil o mineral) la cuota del impuesto era incorporada por BP en las facturas emitidas a SANTA QUITERIA, no como repercusión tributaria (es CLH quien lo repercute a BP), sino como un coste más sobre el precio total del producto. El IVA era incluido en las facturas por imperativo de la Ley reguladora de dicho impuesto.

Ese incremento en el precio de adquisición no fue cuestionado por SANTA QUITERIA durante la vigencia del contrato, ni es discutido ahora.

5º) La disposición final vigésima de la Ley 2/2012 de 29 junio (RCL 2012, 909 y 1093) suprime definitivamente a partir del 1 de enero de 2013 el tipo cero (exención fiscal) que hasta ese momento tenían los BIOS, tal y como ya anunciaba la Ley 53/2002.

De esta forma, a partir de enero de 2013, al igual que venía ocurriendo con anterioridad respecto del impuesto sobre la parte de origen mineral no exenta, y aun no habiendo sido expresamente pactado en el contrato, una vez devengado y pagado por BP a CLH el impuesto especial sobre la totalidad del producto (al haber concluido ya la exención respecto del BIOS), la cuota del impuesto será incorporada por BP a las facturas emitidas a SANTA QUITERIA como un coste más sobre el precio total del producto, lo que tampoco cuestionará SANTA QUITERIA.

CUARTO

HECHOS CONTROVERTIDOS. VALORACIÓN DE LA PRUEBA ACERCA DE LA ACTUACIÓN DE BP.

No cuestionando la ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L. que BP incluyera dentro del precio de adquisición del producto la cuota pagada por la demandada por el impuesto especial que, como se ha indicado, hasta el 31 de diciembre de 2012 venía referida a la parte de la mezcla correspondiente al

combustible de origen fósil o mineral (excluido el BIOS), y a partir del 1 de enero de 2013 a la totalidad del combustible (fin de la exención sobre los BIOS), lo que discute la demandante SANTA QUITERIA es la inclusión por BP en el precio del producto desde el inicio del contrato y hasta el 31 de diciembre de 2012, según afirma, sin su autorización y sin haber sido pactado, de un importe adicional que SANTA QUITERIA identifica precisamente con la parte del impuesto sobre el BIOS que se encontraba exenta; BP OIL ESPAÑA sostiene es el sobrecoste que le supone adquirir los biocarburantes frente a la materia prima tradicional de origen mineral.

Igualmente discute SANTA QUITERIA la procedencia de ese incremento de precio en las facturas a partir de enero de 2013 comunicado por BP en esas fechas (documentos 11y 14) y respecto del cual sostiene la demandante que constituyen realmente los objetivos mínimos obligatorios; la demandada BP defiende se trata del sobrecoste de precio de los BIOS que entiende justificado sea igualmente abonado por la estación de servicio.

Pues bien, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que, como es notorio, con anterioridad al año 2009 en que se firman los contratos, la mercantil BP OIL ESPAÑA -al igual que los demás operadores- ya venían suministrando productos mezclados que incorporaban los biocombustibles en distintas proporciones, pues su uso era fomentado desde la Unión Europea y a través de distintas normas estatales de diferente rango, de tal forma que fue la Ley 53/2002 (RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933) la que introdujo la exención del impuesto especial sobre hidrocarburos respecto de aquellos, estableciendo la misma norma la vigencia de tal exención hasta el 31 de diciembre de 2012.

Sin embargo, del examen de los contratos que BP firmó con SANTA QUITERIA el 1 de agosto de 2009 y que se acompañan como documento número 4 de la demanda se desprende que aquellos no contenían referencia ninguna a los biocombustibles; en particular, en lo que respecta al método de cálculo del precio de venta contenido en el Anexo II por remisión de la cláusula 7ª.

Si tenemos en cuenta que la demandada sostiene que el mayor precio de los BIOS respecto de los combustibles de origen mineral ha sido y es una constante a lo largo de los años, y que, según la demandada y el perito por ella propuesto D. Juan Alberto , no existe una cotización para los BIOS análoga a la existente para los combustibles de origen mineral, que es la que se incluye en el contrato para determinar el precio de adquisición (PlattZs), no acaba ciertamente el juzgador de encontrar explicación al por qué de dicha omisión en el contrato sobre la forma de cálculo del precio de la materia prima cuando esta se refiere a los biocombustibles, y si pretenda sin embargo introducir ese sobrecoste en las facturas en un importe que, en definitiva y como veremos, acaba fijando BP de forma unilateral y, como veremos, un tanto arbitraria.

Resulta significativo que, a diferencia de los contratos que nos ocupan, a partir de 2013 BP sí incluye en los contratos "tipo" celebrados con las estaciones de servicio el sobrecoste de los biocombustibles, según reconoció el legal representante de la demandada D. Jaime en su interrogatorio en el acto de la vista. De esta forma, partiendo de los argumentos de la propia demandada sobre el constante mayor precio de los BIOS respecto de los combustibles de origen mineral, lo que exigía incluirlo en las facturas como sobrecoste también cuando se encontraba vigente la exención del IEH sobre los biocarburantes (hasta diciembre 2012) a fin de que el contrato no fuese deficitario -siempre según el argumento empleado por BP-, no acaba de ver el juzgador las razones por las que en los contratos celebrados en 2009 con SANTA QUITERIA no se contiene referencia ninguna al respecto.

El recurso a la práctica habitual del sector para justificar la inclusión en las facturas de este "sobrecoste" -no pactado expresamente- de los biocombustibles que alega BP, no puede constituir, a

entender del juzgador, una explicación satisfactoria, como sí puede serlo para justificar que en las facturas emitidas por BP se refleje, como mayor coste que debe afrontar SANTA QUITERIA, el importe pagado por la operadora en cuanto al impuesto especial sobre la parte del carburante gravado (en su caso, sobre la totalidad una vez acabada la exención sobre los BIOS a partir de enero de 2013), lo que la mercantil demandante nunca cuestionó durante la vigencia de los contratos ni discute en este procedimiento invocando, precisamente, que ello sí constituye una práctica habitual del sector. Y es que una cosa es la cuota concreta, objetiva y legalmente determinada del Impuesto Especial sobre Hidrocarburos que, aunque no venga referida expresamente en el contrato, es razonable que BP incluya en las facturas y SANTA QUITERIA asuma voluntariamente su pago; y otra diferente, el coste de adquisición de la materia prima que, como elemento definidor del precio de adquisición, habría de venir expresada en el contrato. Esto es, si BP pretendía cobrar a SANTA QUITERIA un sobreprecio en relación a la parte de la mezcla correspondiente al biocombustible, por ser más caro y suponer al operador un mayor coste que no podía venir determinado por referencia al PlattŽs y que no era absorbido por la prima por tratarse de un concepto diferente a esta, debió precisar en el contrato cual era el precio que iba a aplicar respecto de ese biocombustible o el método para su cálculo.

Es más, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia confirma en su contestación de fecha 1 de septiembre de 2015 a las preguntas que le fueron remitidas, que a tenor del informe anual sobre uso de los biocarburantes correspondiente al ejercicio 2011, una parte significativa de los suministros en España de biocarburantes y biocombustibles se seguía fijando mediante fórmulas que utilizan como variable las cotizaciones de los carburantes fósiles (extremo V relativo a las cuestiones formuladas por SANTA QUITERIA) de lo que se deduce necesariamente que la falta de una cotización para los biocombustibles equivalente a la PlattŽs a que refiere el representante de la demandada en su interrogatorio y el perito propuesto por BP Sr. Juan Alberto no debería ser argumento para impedir que pudiera haberse fijado el precio de los biocombustibles con referencia a aquella cotización prevista, en principio, para los carburantes fósiles.

En cualquier caso, la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia también confirma (extremos II, III y IV) la existencia desde el año 2008 (anterior, por tanto, a la firma de los contratos) de cotizaciones internacionales para biodiesel y bioetanol, por lo que bien podrían el Anexo II de aquellas haberse remitido a ellas para calcular el precio de los biocombustibles adquiridos por BP.

Por otra parte, en la página 13 de su dictamen emitido para BP OIL ESPAÑA, después de exponer el mayor coste que para la operadora implicaba producir o adquirir biocombustible, el perito D. Juan Alberto afirma lo siguiente:

"Sin embargo, debemos explicar que, debido a que la parte de biocombustibles es muy pequeña respecto del total del producto, y a que el precio del biocombustible (y por tanto el sobrecoste asumido por BP) es muy cambiante en cortos espacios de tiempo, para simplificar el proceso de facturación y evitar tener que actualizarlo cada mes en sus sistemas para todas las estaciones de servicio, BP adoptó la decisión de trasladar como sobre coste asociado al biocombustible, una cantidad fija equivalente al IEH que se aplicaba al combustible de origen mineral, esperando con ello que al final de cada año las desviaciones netas entre el sobreprecio trasladado (en cuantía equivalente al IEH) y el sobrecoste real asumido, tenderían a cero".

Es decir, que BP habría decidido unilateralmente y sin haberse pactado nada al respecto en los contratos, trasladar a SANTA QUITERIA el sobrecoste que ella soporta por la adquisición de los biocombustibles; pero según se deduce de las manifestaciones del perito, tampoco le traslada el mayor importe que realmente paga a sus proveedores o por referencia a valor de cotización ninguno, sino un

importe estimado por la propia operadora, igualmente de forma unilateral. Y dicha estimación viene a coincidir durante el periodo comprendido entre agosto de 2009 y diciembre de 2012 con el importe correspondiente al impuesto especial que, en cuanto a los BIOS, se encontraba exento.

Con ello se confirman las conclusiones del informe emitido para SANTA QUITERIA por la perito D^a. Tamara de que BP trasladó durante ese periodo a la ESTACIÓN DE SERVICIO la parte correspondiente al impuesto que estaba exento, como un mayor coste frente al precio acordado por las partes en los contratos. Dicho de otra forma, con el argumento de ser el sobrecoste variable y para simplificar la facturación, BP incluye en las facturas como parte del precio también la parte del impuesto que se devengaría sobre el BIOS exentos, tal y como sostiene la perito de SANTA QUITERIA, aunque el resultados de los cálculos efectuados por esta y por los del perito propuesto por BP D. Juan Alberto resulten, como luego veremos, muy diferentes.

Con ello, a entender del juzgador, una parte esencial del contrato como es el precio queda al arbitrio de uno de los contratantes, BP OIL ESPAÑA, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (LEG 1889, 27) , sin que la "no oposición" por parte de SANTA QUITERIA hasta diciembre de 2012 pueda entenderse como un acto propio por el que, expresa o tácitamente, viniera autorizando a BP para su cobro, ya que es sabido que la doctrina de los actos propios exige que tal acto "esté revestido de cierta solemnidad, por expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza, lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia o conocimiento equivocado, como han matizado las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo y 30 de septiembre de 1992 , 12 de abril de 1993 , 10 de junio de 1994 y 31 de enero de 1995 " (sentencia de la sección 10^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2014) .

Y en este caso, hasta que SANTA QUITERIA no recibió las comunicaciones de 27 de diciembre de 2012 y 5 de marzo de 2013 acompañadas como documentos 11 y 14 no tenía por qué dudar de que los precios facturados se ajustaban a lo convenido en el contrato más la parte del impuesto sobre los carburantes de origen mineral, que sí se aceptaron entonces y se reconocen ahora en función de lo que constituye práctica en el sector, como más arriba se ha explicado. De hecho, a partir de dichas comunicaciones cuando SANTA QUITERIA manifestó su expresa oposición (documentos 12, 13, 15 y 16).

En cuanto al incremento del precio impuesto por BP a partir de enero de 2013, la conclusión ha de ser la misma. Ya se sabía de antemano (la Exposición de Motivos de la Ley 53/2002 y el propio artículo 50 bis reformado ya lo establecían) que el tipo cero para los biocarburantes tendría vigencia hasta diciembre de 2012, por lo que si con anterioridad no se encuentra justificado incrementar el precio de adquisición del producto en un importe derivado de un concepto no pactado y que, además, es fijado de manera unilateral por BP, el fin de la exención fiscal, perfectamente conocida en cuanto a su vigencia en la fecha en que se formalizó el contrato, tampoco puede tampoco servir de pretexto para que BP aplique ese sobrecoste en el precio, fuera de lo pactado, y sin dar siquiera la oportunidad a la otra parte de renegociar las condiciones del contrato o, en su caso, resolverlo, como de hecho sí se prevé en los nuevos contratos tipo elaborados por BP a partir de aquella fecha en previsión de cambios normativos, tal y como reconoció el representante de la demandada Sr. Jaime al comienzo de su interrogatorio en la vista.

Es por todo ello que el juzgador considera acreditado que la demandada BP OIL ESPAÑA incumplió lo pactado en los contratos celebrados con ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA el 1 de agosto de 2009 respecto del precio de adquisición de los productos.

QUINTO

PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Existe una diferencia sustancial entre los cálculos efectuados por el perito propuesta por SANTA QUITERIA D^a. Tamara y los efectuados por el perito de la demandada D. Juan Alberto en cuanto al "exceso" cobrado a SANTA QUITERIA (aunque el perito de BP entienda se trata de un sobrecoste autorizado), pues si la primera calcula aquel en 358.164,66 euros para las dos estaciones de servicio por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2009 y el 31 de diciembre de 2012, y en otros 132.925,82 euros entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de julio de 2014, el perito propuesto por BP entiende que ese sobrecoste incluido en las facturas asciende en total a 58.700 euros (en la vista corrige los 53.900 euros de la página 22 de su informe).

Cierto es que el perito Sra. Tamara efectúa un exhaustivo y detallado examen de la abundante documental que facilita SANTA QUITERIA consistente en las facturas y albaranes de entrega del producto a fin de identificar (en particular, en el periodo comprendido entre agosto de 2009 y diciembre de 2012) los porcentajes de combustible incluidos en los albaranes y determinar así cual es el importe del IEH que debió aplicarse sobre los carburantes de origen fósil y cual es el que debía estar exento, comparándolo con el precio final reflejado en la factura.

Sin embargo, la contestación dada por CLH el 23 de julio de 2015 permite poner en duda la corrección de tales cálculos periciales cuando aquella informa que "en los documentos de circulación expedidos por CLH se reflejaban los porcentajes de biocarburos reales/físicos que llevaba el producto suministrado, pero estos porcentajes eran irrelevantes desde el punto de vista fiscal, y por lo tanto, a efectos de la liquidación del impuesto sobre Hidrocarburos que CLH efectuaba a los operadores petrolíferos" (respuesta a la pregunta formulada por SANTA QUITERIA), de ahí que "el porcentaje que aparece en los albaranes no esté relacionado con el porcentaje certificado por CNMC a BP OIL ESPAÑA al ser esta última consecuencia de las incorporaciones de biocombustibles efectuadas desde la refinería de Castellón y las compras y ventas de biocombustibles de otros operadores" (respuesta a la pregunta 3^a formulada por BP). De esta forma, "los albaranes de circulación, entendiéndose por tales los documentos que amparan la circulación de los productos con devengo del impuesto, no tienen relevancia física a efectos del beneficio del tipo cero aplicable a los biocarburos para cada operador petrolífero".

En cualquier caso, y aun aceptando que las cifras consignadas en el informe pericial acompañado con la demanda constituyeran realmente el mayor precio pagado por SANTA QUITERIA a BP respecto del convenido, lo que se ejercita en la demanda es una reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, no de enriquecimiento injusto o cobro de lo indebido, tal y como deja claro la actora en el apartado (153) de su demanda.

Es sabido que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la existencia de un incumplimiento contractual no genera de suyo, necesaria y automáticamente, la obligación de indemnizar, pues los daños y perjuicios exigen prueba plena de la producción de los mismos por parte de aquel que los invoque (sentencias de 26 de julio de 2001, 15 de marzo de 2005, 23 de marzo de 2007, 29 de enero de 2010, entre otras).

Y en este caso, admitiendo como probado que BP no cumplió lo acordado contractualmente con SANTA QUITERIA incluyendo en el precio que ha venido facturado a esta mercantil un importe mayor, este no puede ser, sin más, el perjuicio real y efectivo de la demandante que pueda reclamar en concepto de daños y perjuicios a la operadora; y ello porque, no siendo SANTA QUITERIA la destinataria final de los carburantes, sino que los adquiere del operador para su reventa al consumidor final, lo lógico es que

haya incrementado los precios venta al público en proporción igual o similar al superior precio pagado a BP, dado que, más allá de las indicaciones que le pudiera dar BP al respecto, tenía plenas facultades para fijar tales precios conforme a la cláusula 7ª de los contratos.

Según reconoce la perito Sra. Tamara en la vista, no examinó los precios finales de venta de combustible al público para comprobar si ese incremento del precio por parte de BP a SANTA QUITERIA había sido o no repercutido por esta a sus clientes finales. Tampoco, ciertamente, lo comprobó el perito propuesto por la demandada D. Juan Alberto . Ahora bien, era SANTA QUITERIA quien tenía la carga de probar, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , que ese aumento de precio no convenido por parte de BP le había ocasionado un perjuicio económico real en la cuantía reclamada, lo que no se habría producido, o al menos en el mismo importe que alega, si hubiese repercutido sobre el cliente final ese sobrecoste. Si esa acreditación hubiera exigido de más prueba, o de una pericial de mayor complejidad, ello no puede conllevar sin más exonerar de la misma a la parte que reclama ni, menos aún, hacer recaer la acreditación de la ausencia de perjuicio o su minoración en la mercantil demandada a modo de una inversión de la carga de la prueba, cuando en absoluto puede decirse que BP OIL ESPAÑA cuente con una mayor facilidad o disponibilidad probatoria sobre tal extremo (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues la demandante SANTA QUITERIA contaba con todos los datos y la documentación necesaria para ello.

En cualquier caso, y en particular a partir de enero de 2013, de la contestación dada por la CNMC en su escrito de 1 de septiembre de 2015 se deduce que desde esa fecha se registró con carácter general una subida en los precios medios del combustible en las estaciones de servicio (pregunta I formulada por BP); y parece deducirse de los datos incluidos en la respuesta a la pregunta III, que dicho incremento se produjo en esas fechas también en el caso de las dos estaciones de servicio de SANTA QUITERIA en Almazora y Villarreal.

Por todo lo dicho, no obstante estimarse acreditado que la demandada BP OIL ESPAÑA incumplió lo acordado en los contratos de 1 de agosto de 2009 respecto del precio de adquisición de los productos, no se fija cantidad ninguna en concepto de daños y perjuicios a favor de ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA por no haberse acreditado debidamente estos, estimándose sólo en parte la demanda.

SEXTO

COSTAS

Como supuesto de estimación parcial, no se hace expreso pronunciamiento en cuanto a las costas, debiendo hacer frente cada parte a las costas causadas a su instancia (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892)).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO EN PARTE LA DEMANDA formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. García Riquelme en nombre y representación de la ESTACIÓN DE SERVICIO SANTA QUITERIA S.L. frente a BP OIL ESPAÑA S.A , representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén:

1º)DECLARO que la demandada BP OIL ESPAÑA incumplió lo acordado en los contratos de 1 de agosto de 2009 respecto del precio de adquisición de los productos.

2º) DECLARO NO HABER LUGAR a fijar una indemnización de daños y perjuicios a favor de la demandante y cargo de BP OIL ESPAÑA, absolviendo a la demandada respecto de esta concreta pretensión ejercitada.

3º) NO se hace expreso pronunciamiento en cuanto a las COSTAS

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de VEINTE DÍAS siguientes a su notificación, para ante la Audiencia Provincial de Madrid.

FIDE