

Id Cendoj: 28079370142009100352
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 14
Nº de Recurso: 186/2009
Nº de Resolución: 549/2009
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

SENTENCIA: 00549/2009

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

Rollo: RECURSO DE APELACION 186 /2009

SENTENCIA Nº

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL

JUAN UCEDA OJEDA

PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En MADRID , a veintitrés de septiembre de dos mil nueve .

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14 de la Audiencia Provincial de MADRID , los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1156 /2004 , procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 40 de MADRID , a los que ha correspondido el Rollo 186 /2009 , en los que aparecen como partes apelantes REPSOL, COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. y CARBURANTES DEL CANTABRICO S.L., formulando ambas partes oposición a los recursos interpuestos de contrario en base a los escritos que a tal efecto presentaron, representados respectivamente por los procuradores DON JOAQUIN FANJUL DE ANTONIO y DON NICOLAS ALVAREZ REAL, sobre resolución de contrato, reclamación de cantidad e indemnización por daños y perjuicios, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON PABLO QUECEDO ARACIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 40 de Madrid, en fecha 19 de febrero de 2008 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador D. Joaquin Banjul de Antonio en nombre y representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A.; contra CARBURANTES DEL CANTABRICO S.L., representado por el Procurador Don Nicolas Alvarez Real debo declarar la resolución de los contratos de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento de carburante de 5 de agosto de 1991 y arrendamiento de la estación de servicio y suministro en exclusiva de 1 de diciembre de 1994 por incumplimiento de la demandada con efectos desde el 30 de octubre de 2004, y CONDENAR a la demandada a pagar el importe de 93.619,79 euros más los intereses legales desde la demanda sin declaración sobre las costas, y desestimando la reconvenición debo ABSOLVER Y ABSUELVO al

demandante reconvenido con expresa condena en costas al demandado reconviniente".

Asimismo en fecha 8 de abril de 2008 se dictó por el Juzgado de 1ª Instancia nº 40 de Madrid, auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "SE ACLARA Y RECTIFICA la sentencia de 19/2/2008 , en el sentido de adicionar al Fallo la condena al desahucio de las estaciones de servicio cuya resolución del contrato de arrendamiento de industria es objeto de litigio con entrega de la posesión de las mismas a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpusieron recursos de apelación por las partes apelantes REPSOL, COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. Y CARBURANTES DEL CANTABRICO S.L., formulando ambas partes oposición a los recursos interpuestos de contrario, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los *artículos 457 y siguientes de la LEC* , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 16 de septiembre de 2009.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, excepto el sexto.

PRIMERO.- Ambos litigantes se alzan contra la sentencia de instancia, el actor, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (en adelante REPSOL), para que se revoque la sentencia y estimando totalmente la demanda se le conceda la indemnización de perjuicios solicitada. El demandado, Carburantes del Cantábrico S. L. (en adelante CARBURANTES) para que se revoque, y calificando los contratos como de arrendamiento de local de negocio, se resuelva en interés del arrendatario por incumplimiento de REPSOL, que deberá indemnizarle los perjuicios de incumplimiento.

Recurso de REPSOL.

A pesar de que el Juez de Instancia tiene por acreditada la infracción del pacto de exclusiva, no estima que esa conducta haya causado perjuicios por no apreciar denigración de la marca, ni ser la disminución del consumo un perjuicio por lucro cesante al no pactarse un mínimo de consumo.

No está conforme con dicha decisión porque la violación del derecho de exclusiva le ha producido evidentes perjuicios. Tales son la pérdida de inversión que supone que en la estaciones de servicio se vendan productos ajenos ,pérdida de mercado en relación con la estaciones limítrofes, ventajas competitivas que obtiene los operadores de otras marcas, y merma del prestigio comercial al venderse productos de calidad distinta.

A consecuencia de tales incumplimientos se han dejado de vender en el mercado grandes cantidades de producto, según puede verse en los listados históricos de consumo, la investigación privada ha probado como camiones cisterna de otras marcas abastecían a la demandada, y los análisis químicos de las gasolinas y gasóleos que han demostrado que los productos vendidos no son los del actor.

Opina que no es necesaria la conducta denigratoria, pues el daño proviene del suministro bajo la marca actora de productos de calidad distinta.

Además, esta probado que el margen comercial de REPSOL es de 3,17centimos de euro por litro en la Estación de Servicio E.S.Nº 34.561 en el año 2003 y de 2,96 céntimos en la E. S. Nº 13. 316 para el mismo año.

Conforme a las bases que establecía en el hecho quinto de la demanda, y que el Juez de Instancia estima correctas, se le debe indemnizar en la cantidad pedida.

Recurso de CARBURANTES

En trece alegaciones desarrolla su tesis impugnatoria, de ellas dejaremos de lado las dos primeras en cuanto se dedican, en líneas generales, a fijar su posición

En la tercera, y tras invocar en su favor las normas de la carga de la prueba, mantiene que debe exigirse a REPSOL una prueba rigurosa de los incumplimientos del contrato de arrendamiento entre ambos.

En la cuarta, y en relación con el incumplimiento de la obligación de suministro en exclusiva se basa en tres cuestiones: descenso de suministro, la existencia de un cisterna de "Petroasturias" un día determinado, y a una hora determinada en la estación de servicio sita en Cancienes, y en el análisis químico del carburante y, en su opinión, esos datos no son mas que indicios o presunciones insuficientes a los efectos pretendidos.

En esa misma alegación, y tras examinar los conceptos de operador y suministrador, llega a la conclusión de que no hay pacto de exclusiva. En relación con la E.S. Nº 34.561 Cancienes-Corvera el contrato era para destinar exclusivamente la estación a la venta de los productos de CAMPSA, pero no existe pacto respecto de la distribución.

Con respecto de la E. S. Nº 13.316 en Sevares ocurre lo mismo. Lo pactado es la venta en exclusiva de los productos de REPSOL independientemente de quien sea el suministrador.

En la quinta alegación examina el indicio de incumplimiento basado en el descenso de consumo, y no lo considera bastante. Es cierto que se produjeron descensos de consumo, pero fueron debidos a culpa exclusiva del demandante. Se basa en que hubo desabastecimiento de las estaciones litigiosas, y se remite a sus quejas de 19-7-2004, 9-7-2004, 14-6-2004, 8-6-2004, 30-11-2000, 25-7-2002, 13-5-2004, 17 y 24-11-1994, 5 y 20-12-2004, y 31-8-2002.

A esos datos une el doc. Nº 41 de la contestación, en el que se acredita, por acta notarial de presencia, que hay muy poco combustible en los depósitos de la Estación de servicio visitada, y en la propia demanda de REPSOL que reconoce que uno de los pedidos de carburante jamás fue servido porque no fue dado de alta.

También es imputable a REPSOL la supresión de las tarjetas de Solred, lo que implica disminución de ventas y clientela, y así se prueba en la contestación de CAMPSA que dice que los terminales de Solred son de OPV, y que es imposible instalar los de última generación, TPE, por no estar dadas de alta las línea ADSL y RDSI,

En ese mismo sentido acusa a REPSOL de imponerle condiciones de venta más onerosas en comparación con otras E.S. de la misma área de influencia.

En su opinión debe tenerse en cuenta que la demarcación de carreteras de la Delegación del Gobierno en Asturias dice que la inauguración de la Autopista A-64 en 6-5-2003 supone disminución sustancial del tráfico rodado, que abandona la Carretera Nacional. A ese dato debe unirse el hecho de que en la zona se han abierto otras estaciones de servicio como son las de Siero y la de Lugones

También denuncia la existencia de varios expedientes administrativos que atenazan el funcionamiento de las estaciones litigiosas, según se acredita con los oficios de la Confederación Hidrográfica del Norte de España, de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, y de la Delegación del Gobierno en el Principado de Asturias

Denuncia que REPSOL no ha hecho las inversiones obligadas para el mantenimiento y modernización de las E.S. litigiosas, incumpliendo además sus obligaciones de asistencia técnica, financiera, y comercial pactadas.

Acusa a REPSOL de no haber suministrado los elementos necesarios para la explotación de las estaciones litigiosas: ha reducido los horarios precisamente por el descenso de tráfico, suprimiendo el horario nocturno, con los expedientes administrativos ha causado mala imagen, y en la pieza de medidas cautelares se acredita un abastecimiento escaso de las estaciones de servicio.

En la alegación sexta combate los argumentos de REPSOL sobre el resultado de la investigación privada. El hecho de que un día determinado se descubriera una cisterna de "Petroasturias" en las instalaciones de CARBURANTES es equivoco. Amen de referirse a un día concreto, y a lo ambiguo de la situación; no estaba descargando si no cargando, la empresa afectada ha certificado que nunca y en ningún caso ha vendido productos a CARBURANTES, y en su opinión esa prueba destruye la de **detectives privados** en que se basa REPSOL

El último indicio en que se basa REPSOL; los análisis químicos de la gasolina no son adecuados porque se efectuaron sin garantías, se ha hecho por un empleado de la demandante, se hizo después de descargar cantidades de gasolinas de REPSOL, y los autores del análisis no lo han ratificado a presencia judicial.

En la alegación octava mantiene que la petición de abono de 93.619,79# es una petición autónoma pues no se esgrime como causa de resolución, y además REPSOL le debe 113.551 # como ella misma reconoce, por comisiones debidas que aplicó que aplicó al pago de la deuda que se reclama.

La alegación novena manifiesta su conformidad con la sentencia de instancia en la desestimación de la indemnización de de perjuicios.

La alegación décima se dedica a resumir las demás. En la undécima opone los incumplimientos de REPSOL, y con cita del *Art. 1124 C. C .*, estima que el contrato ha de resolverse a su instancia, previa calificación como de local de negocio, y pide la estimación de la demanda reconvenional.

En la duodécima insiste en que debe estudiarse la cuestión de la propiedad de las E.S. en litigio pero no como petición autónoma si no como elemento para explicar y entender los contratos entre las partes, ya que de esa calificación depende en alguna medida la del contrato entre los litigantes como de industria o de local de negocio. En apoyo de sus argumentos reproduce los gastos y obras hechos por el actor en la estaciones litigiosas, y los pagos hechos por CARBURANTES en la construcción de la E. S. N° 13.316 Sevares, lo que acredita la copropiedad de la estación, además REPSOL no ha traído documento alguno que acredite su propiedad exclusiva sobre las estaciones. En la décimo tercera mantiene que no es cierta la afirmación del Juez de Instancia de que no hay prueba de los argumentos y hechos del CARBURANTES cuando lo cierto es que no es así, y en la décimo cuarta pide que las costas de ambas demandas se impongan a REPSOL

SEGUNDO.- Orden de de solución de las cuestiones planteadas.

Por obvias razones procesales examinaremos en primer lugar las alegaciones de CARBURANTES, que ataca la totalidad de la sentencia, y en función de su resultado nos ocuparemos de las alegaciones de REPSOL.

TERCERO.- Recurso de CARBURANTES: Copropiedad de la E. S. N° 13.316 Sevares, y de la E. S. N° 34.561 Cancienes-Corvera

No estamos de acuerdo con las alegaciones del recurrente. Es sabido, *art.392 C.C .* que el condominio o copropiedad se produce cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece a varias personas, y es sabido que la forma de adquisición de la propiedad, de la que el condominio no es mas que una especie, no está exenta de las exigencias de la teoría del *título y el modo, Arts.609 y 1095 C. C.*

Desde esta perspectiva, no hemos visto ni un solo documento que nos acredite ni la adquisición conjunta del dominio de modo originario, ni la constitución posterior de la comunidad por otro medio, ni la cuota que a cada comunero corresponde, y esa cuestión, *Art. 217.3 L.E.C .* correspondía a CARBURANTES que es quien la alega.

Desde razones procesales, tampoco nos convence. A la hora de contratar se reconoció el carácter de propietario a REPSOL, y no parece que ahora pueda negarse, sin título ni fundamento alguno, ese carácter reconocido anteriormente y mantenido durante muchos años.

Desde la óptica de la accesión tampoco vemos esa posibilidad. Las alegaciones del recurrente se basan en la adquisición de determinados bienes muebles a la quiebra de la empresa S. Lázaro S. A., que explotaba la E.S.N° 34.561 Cancienes-Corvera, pero eso no significa condominio sobre estación de servicio. Como mucho significaría un crédito a favor del CARBURANTES, pero del que no sabemos nada; puede estar pagado, compensado, o prescrito, y eso sin tener en cuenta las cantidades entregadas por REPSOL para obras de mejora, recuperación de gases, mobiliario, expositores etc.

Tampoco nos sirven los pagos realizados para terminar la obra de la E. S. N° 13.316 Sevares. Efectivamente los ha realizado el recurrente, pero como ya hemos dicho eso no supone adquisición del dominio; a efectos puramente dialécticos podría suponer la de existencia de un crédito del *Art. 361 C. C .* pero no adquisición del dominio.

Pero hay mas, el documento manuscrito del f. 837 es muy poco significativo, esta sin fecha, sin firma y carece de cualquier dato que nos permita pensar en su autenticidad, y en su verdadero sentido.

El documento Nº 39 es el contrato por el que la entidad Estación de Servicio El Sueve S. A., conviene con Construcciones y Contratas Asturianas, S. A. la construcción de una estación de servicio en suelo de REPSOL contrato de obra se subrogo CARBURANTES, f.840. Lo curioso del caso es que en el documento Nº 38 del demandado, REPSOL compra el terreno sobre el que se ubicaría la E. S. Nº 13.316 Sevares, y en dicho contrato el vendedor se compromete construir la estación, siendo el precio del terreno el de 100.000ptas y el resto hasta 25.000.000ptas el precio de la construcción, que pagaría la extinta CAMPSA por certificaciones mensuales de obra a 60 días fecha factura.

En conclusión hay posibilidad de condominio. Como mucho, y a efectos puramente dialécticos, podría haber un crédito del *Art. 361 C. C.* pero de su existencia, vigencia, y subsistencia no tenemos noticias, ni ha sido objeto de debate.

En cualquier caso, interesa dejar clara una cuestión. Los argumentos expuestos mas arriba no suponen que esta Sala reconozca la existencia de un crédito a favor del recurrente, son solo argumentos de paso para desmontar la tesis de la copropiedad.

CUARTO.- Recurso de CARBURANTES; la naturaleza de los contratos.

No estamos de acuerdo con CARBURANTES. De los pactos contenidos en los contratos, y de las relaciones entre las partes no podemos concluir que los contratos entre los litigantes fuesen de arrendamiento de local de negocio. En el arrendamiento común de local de negocio se cede la posesión inmediata, y las condiciones de uso de un inmueble habitable y fructífero, a favor del inquilino a cambio de una renta, permaneciendo el dueño del local ajeno al negocio que en el se desarrolle. La instalación, equipamiento, abastecimiento y demás avatares del negocio permanecen ajenos al contrato de arrendamiento del local que constituye su base física, y no afloran mas que a la hora de la resolución, en tanto el negocio sea ilegal, ilícito, o perjudique la esencia y subsistencia del inmueble; no forman parte del contrato cuyo esquema es el de uso por renta

No vemos que el interés jurídico de REPSOL, empresa petrolera española de ámbito internacional, sea el de arrendar un local a cambio de una renta, para que el arrendatario instale en el su propia gasolinera en competencia directa con el arrendador, del que además aprovecha sus signos distintivos; marca, logotipos, nombre comercial etc.

Por las mismas razones tampoco podemos calificarlo como de arrendamiento de industria, a cambio de renta. En el arrendamiento de industria se cede un negocio en marcha con vida propia e independiente, sin que el arrendador pueda inmiscuirse en la marcha del negocio, ni en las decisiones estratégicas de arrendatario, ni en la selección de proveedores etc.; se detenta la posesión inmediata, y se sucede en la actividad pero con plena independencia y autonomía del nuevo gestor del negocio.

Examinados los contratos litigiosos vemos que los esquemas anteriores no se repiten. En todos ellos aparece que el interés del arrendador va más allá de la percepción de una renta periódica mensual como contraprestación del uso de un inmueble; es la venta de carburantes, lubricantes y demás productos para los vehículos de motor, construyendo una red de distribución de sus productos, bajo las más variadas formas de colaboración.

De acuerdo con esa caracterización, podemos afirmar que los contratos que nos ocupan son contratos atípicos de colaboración, dotados de causa propia, distinta del arrendamiento; el arrendamiento solo da soporte a la ocupación del inmueble y a la posesión inmediata de las instalaciones, y en los que aparece como esencial la venta de carburantes, lubricantes etc.

QUINTO.- Recurso de CARBURANTES: carga de la prueba.

Es preciso hacer unas consideraciones sobre la carga de la prueba, ya que en la alegación tercera del recurso se pide que se exija a REPSOL de forma rigurosa la acreditación de los incumplimientos del demandado.

El *Art.217.1 L.E.C.* Define la regla de juicio para el supuesto de hecho incierto, que dice al Juez como debe dictar sentencia; absoluta o condenatoria, cuando sean dudosos los hechos que corresponda probar a cada una de las partes.

Así, corresponden al actor 217.2 L.E.C. los hechos constitutivos de su pretensión, y al demandado, *Art. 217.3 L.E.C.*, los hechos impeditivos, extintivos e impedientes. Estas reglas generales se complementan, *Arts.217.5 L.E.C.*, con la distribución de la carga de la prueba de otra forma siempre que la Ley lo ordene, y con la regla de la proximidad y facilidad probatoria *ex Art. 217.6 L.E.C.*

De acuerdo con estas ideas, el rigor en la exigencia de la carga de la prueba debe ser igual para ambos. El *Art. 24 C.E.* garantiza el derecho al proceso debido, pero no el proceso a la medida, y no anula el complejo sistema de cargas procesales que configuran el proceso como estructura neutra de defensa de derechos en plano de perfecta igualdad para ambos contendientes. La Ley garantiza al derecho al proceso debido, pero lo que no garantiza es el derecho al proceso a la medida de los intereses de la parte. La mayor exigencia y rigor para uno de los litigantes en la carga de la prueba siempre serían constitutivas de un proceso a la medida injusto y contrario al principio de igualdad; causa radical desigualdad prohibida por el *Art.14 C.E.* e indefensión proscrita por el *Art.24 C.E.*, directamente proporcional al exceso de defensa facilitado ilegítimamente al litigante al que se le exige menos rigor.

SEXTO.- Recurso de CARBURANTES: violación del pacto de exclusiva.

Decir que los contratos entre las partes tenían pacto de exclusiva es una obviedad, ya que la literalidad de los contratos, *Art.1281 C. C.*, supera la artificiosa construcción del recurrente basada en la distinción entre operador y distribuidor, de manera que REPSOL es un operador y la Compañía Logística de Hidrocarburos S. A. (CLH) es un distribuidor.

La Compañía Logística de Hidrocarburos S. A. (CLH) es la heredera de la antigua CAMPSA, y su misión es la de gestionar la red de oleoductos; la red de transporte, y los demás operadores del mercado, REPSOL, CEPESA, ELF, PETROGAL, TOTAL, etc. son las empresas que venden sus productos a través de sus propias redes de estaciones de servicio, y los hacen llegar a ellas por sus propios medios de transporte, en los que consta perfectamente identificada la marca del producto que sirven.

Para el contrato de la E. S. Nº 34.561 Cancienes-Corvera la exclusiva esta expresamente definida en el apartado 3º de "Exponen" y en la *cláusula 6ª*, y aunque pudiera estar algo desdibujada, la falta de precisión solo se refiere a productos distintos de gasolinas y gasóleos, y no a todos los que no sean carburantes, pero en la *cláusula 6ª del contrato de la E.S.Nº13.316 Sevares* la imprecisión es inexistente: se refiere a todos los productos de automoción fabricados por REPSOL ; gasóleos, gasolinas, lubricantes, aditivos etc.

El incumplimiento de ese pacto por CARBURANTES es evidente.

La prueba de indicios es una prueba como otra cualquiera que puede llevar a la convicción de la realidad de la infracción. El primer indicio es el descenso de consumo, y ese dato es espectacular. La E. S.Nº 34.561 Cancienes-Corvera vendió 1.687.000 litros en 1993, baja a 1.148.000, en 2001, desciende a 979.000 en 2002, a 924.000 en 2003, y a 294.000 en 2004.

La E. S.Nº13.316 Sevares es el ejemplo paradigmático de descenso de consumo. Pasó de 46.000 litros en diciembre de 1994 a 4.073.000 litros en 1999, pero baja a 3.856.000 en 2000, a 3.682.000 en 2001, a 2.526.000 en 2002 a 1.432.000 en 2004 y a 434.000 en 2004.

Es cierto que la inauguración de la Autovía del Cantábrico, A-64, supuso una pérdida abundante de ventas en una de las estaciones litigiosas: la situada en la carretera nacional cuyo tráfico se desvía ahora por la autovía, hasta el punto de que la Delegación del Gobierno en el Principado de Asturias certifica que el tráfico por la carretera nacional se ha reducido a la mitad, pero los descensos de consumo son superiores a ese teórico 50%. En la E.S.Nº 34.561 Cancienes-Corvera el descenso fue del 69,70% y en la E.S.Nº13.316 Sevares del 68,69%. Ese primer indicio es muy difícil de responder por el recurrente porque los porcentajes de reducción son apabullantes.

Tampoco sirve la presencia de otras estaciones de servicio en la zona. Amen de que ese dato es bueno para la competencia, es lo cierto que REPSOL no ha definido en sus contratos con CARBURANTES una zona territorial específica; dudamos que pudiera hacerlo, y menos impedir la apertura de estaciones por otros operadores del mercado. Como ya hemos dicho mas arriba los porcentajes de reducción son apabullantes y la presencia de otras estaciones en la zona no justifica un descenso de consumo tan importante.

Es cierto que la presencia de **detectives privados** solo prueba el hecho de que un día un camión de

la competencia; de Petroasturias, estaba en las estaciones de servicio investigadas, con sus mangueras conectadas a las bocas de llenado de los depósitos subterráneos de la estación. Pero no deja de ser cierto que ese dato, unido a los durísimos descensos de consumo, llevan a la convicción de que una de las causas del descenso tan importante de consumo es el abastecimiento ajeno con infracción del pacto de exclusiva.

El análisis de los carburantes es también demoledor. Nos dice que los carburantes almacenados en los depósitos de CARBURANTES no son de los que suministra REPSOL y llega a esa conclusión por la presencia/ausencia en ellos de unos aditivos específicos.

Frente a estos análisis no nos convencen los argumentos de CARBURANTES. Se queja de que los análisis se hacen después de haber descargado en los depósitos abundante combustible de REPSOL, pero no repara en una cosa; que ese dato le favorece. A mayor cantidad de combustible de REPSOL, el resultado del análisis debe arrojar mayor presencia del aditivo de control, pero a pesar de ellos el resultado es desfavorable porque el porcentaje de aditivo es menor del necesario.

Es cierto que el informe está impugnado, pero eso no es obstáculo. La impugnación de documentos, y por el puro hecho de formularla, no es un método que prive de fuerza a los documentos impugnados; supondría dejar al arbitrio del litigante la prueba documental.

La impugnación del *Art.326 L.E.C.* , es la de la autenticidad, entendida como la coincidencia del autor material y autor real de ese documento, y si no se hace de ese modo, el documento tiene pleno valor probatorio, *Art.326.1* en relación con el *Art. 319 ambos L.E.C.* . Admitida la autenticidad, la impugnación de su contenido es inasumible, pues se vino a reconocer la coincidencia entre el autor material y el autor formal. Lo único es que ese contenido perjudica al recurrente.

También es cierto que se queja de que el análisis fue realizado por personal de REPSOL, pero ese dato es inocuo. La toma de muestras fue en su presencia, y siempre pudo pedir y exigir la toma de muestras adicionales para practicar un contraanálisis y no lo hizo, lo que supone una traición del subconsciente; si no se abastecía de terceros no debería tener miedo a ese análisis contradictorio. Es más, f.119, las partes habían pactado esa posibilidad de análisis para verificar las circunstancias y características del producto; gasolinas y gasóleos.

La misma crítica merece la respuesta del suministrador ajeno; Petroasturias, es obvio que nunca reconocería el suministro; tiene interés en no figurar como colaborador en la infracción de la exclusiva, y sus derivaciones en materia de competencia.

SÉPTIMO.- Recurso de CARBURANTES: los incumplimientos de REPSOL no nos convencen las alegaciones de desabastecimiento de la estación de servicio. Las quejas de retraso en los pedidos de 19-7-2004, 9-7-2004, 14-6-2004, 8-6-2004, 30-11-2000, 25-7-2002, 13-5-2004, 17 y 24-11-1994, 5 y 20-12-2004, y 31-8- 2002, no tienen comparación con los datos de consumo a pesar de que sean descendentes. Es inconcebible pensar que las estaciones estaban desabastecidas cuando en 2001 la E. S.Nº13.316 Sevares vende 3.682.000ls ., y la E. S.Nº 34.561 Cancienes-Corvera 1.148.000ls . La conclusión razonable es que en determinados momentos hubo algún problema con el suministro por retraso o falta de coordinación, pero no más.

La única discusión pudiera centrarse en los pedidos de 2004, y aun así con muchos matices.

El retraso de 20-12-2004, no es computable porque los contratos se resuelven el 21-10-2004, y el resto de los pedidos retrasados tienen justificación. Los impagos de carburante comienzan en 20-4-2004 momento en que se pierde el beneficio del plazo aunque fuese muy exiguo; nueve días, de manera que a partir de ese momento debe pagarse en metálico. Dicho de otro modo, si hay retraso en el abastecimiento es por el impago del suministro.

Lo mismo podemos decir de los expedientes administrativos que afectan a las estaciones litigiosas. No hemos visto que hayan terminado precintadas o clausuradas total o parcialmente, o lo que es lo mismo no hay perturbación posesoria que afecte al libre goce de las estaciones arrendadas.

En relación con las tarjetas "Solred" la respuesta es también negativa. La causa por la que no funcionan adecuadamente las tarjetas es porque los terminales son obsoletos, sin que puedan instalarse los más modernos hasta que las estaciones que nos ocupan no dispongan de líneas telefónicas de banda ancha; ADSL y RDSI, y no parece que esa cuestión; abono a líneas telefónicas deba incluirse en las obligaciones de REPSOL.

En la *cláusula 4ª.4* del contrato de la E. S. Nº 34.561 Cancienes-Corvera, REPSOL se obliga a: "proporcionar al arrendatario en la medida en que este lo solicite y con el carácter de mera recomendación basada en la experiencia de CAMPSA, la asistencia técnica necesaria para la eficiente explotación de la Estación que abarcará principalmente las siguientes materias: Sistemas y procedimientos de ventas. Parece que la asistencia técnica en sistemas de ventas con carácter de mera recomendación basada en la experiencia no abarca la contratación con cargo a REPSOL de las líneas ADSL y RDSI.

Lo mismo podemos decir en relación con la *cláusula 10ª del contrato de la E.S.Nº13.316 Sevares*, que regula la asistencia técnica y la formación en materia de técnicas de venta, pero no se dice que esa asistencia técnica redunde en la obligación de REPSOL de contratar las líneas telefónicas ya citadas.

En relación con los incumplimientos consistentes en la falta de asistencia en la ejecución de proyectos de reformas, instalación de auto lavado etc., la respuesta es también negativa. Están subordinados a que sean procedentes, y a que se pacte la instalación y sus condiciones económicas. En cualquier caso interesa recordar que esos hechos, a los que se les otorga la condición de incumplimientos graves imputables a REPSOL tienen la naturaleza excepciones opuestas por el demandado y le corresponde la prueba *ex Art. 217 L.E.C*. Es CARBURANTES quien debía probar que era procedente la instalación, que se acordó instalarlos, y que REPSOL no cumplió con su parte en ese acuerdo.

En relación con el mantenimiento de las estaciones, hay algo que llama la atención, el mantenimiento y conservación de las instalaciones es obligación del arrendatario, *clausula 4º del contrato de la E.S.Nº13.316 Sevares* y *cláusula 5.3* del contrato de las E. S. Nº 34.561 Cancienes-Corvera, y no parece que deba imputarse a la actora esa falta.

La acusación de restricción de horarios por causa imputable a REPSOL es inconsistente. Es dato de experiencia común que el tráfico nocturno es menor que el diurno, lo que indica que salvo que la estación de servicio este en una vía de gran densidad de tráfico, el cierre en horario de noche es una medida usual, en la que influye la seguridad; robos, y el coste de personal en relación con el volumen de ventas. Si a esa situación unimos el descenso de tráfico acreditado por la Demarcación de Carreteras de la Delegación del Gobierno en el Principado de Asturias, la conclusión será evidente: el cierre nocturno era aconsejable.

Además hay otro dato elemental; los gastos de personal son de cuenta de CARBURANTES, y ante el descenso de la densidad del tráfico en general unido al que se produce en la noche, el cierre nocturno parece un medida económica razonable. Evidentemente esos hechos no pueden ser causa de incumplimiento imputable a REPSOL y debería ser el recurrente el que probase que el volumen de ventas nocturno era lo suficientemente importante como para mantener abiertas la estaciones de servicio litigiosas, a pesar de los problemas de seguridad y del aumento de gasto de personal, y que si no se hizo así fue debido a presiones insoportables de REPSOL, y eso no se ha probado.

Hemos examinado el doc. Nº 48 de la demanda f.680, y nuestra conclusión es radicalmente distinta de la de CARBURANTES. En ese documento se acuerda compensar la devolución de las facturas de suministro de todo el mes de julio de 2002, por abastecimiento de las dos estaciones de servicio, con la regularización de comisiones de venta, y regularización de rentas de los años 2000, 2001, y hasta septiembre de 2002. El saldo final de la compensación es favorable a REPSOL, lo que indica que el incumplidor el CARBURANTES.

Por ultimo no vemos que haya incumplimiento en relación con las políticas de comisiones, su regularización, revisión etc. Los documentos en que se apoya CARBURANTES indican claramente su discrepancia en relación con ese problema, los avatares de las negociaciones entre los interesados para poner fin a sus diferencias, con protestas continuas sobre la estabilidad financiera del recurrente, pero no revelan con datos objetivos; auditoria o prueba pericial contable, que de no atender esas reclamaciones CARBURANTES estuviera abocada a la quiebra.

OCTAVO.- Recurso de REPSOL: indemnización de perjuicios.

Estamos de acuerdo con REPSOL en cuanto a la causación del perjuicio y las bases para fijarlo, pero no en su cuantía.

Evidentemente hubo un descenso de consumo, por abastecimiento de proveedores ajenos, y del mismo modo es evidente que esa violación del pacto de exclusiva causa perjuicio al demandante. Por un lado, en cuanto desciende el consumo y perjudica el beneficio del operador, que deja de percibir el margen comercial de venta. Por otro, en cuanto suministra a terceros productos de calidad distinta a la que indica la

publicidad del establecimiento, perjudicando la imagen y prestigio de marca, perjuicio que puede ser más grave que la pérdida meramente económica del margen comercial de los litros dejados de vender. Además parece evidente que esa conducta tiene otro perjudicado adicional; el consumidor al que se defraudan sus derechos vendiéndole un producto distinto al mismo precio que el original.

Nuestra discrepancia reside en que hay un dato objetivo como es el descenso del tráfico rodado en un 50% en la zona de influencia de una de las estaciones litigiosas debida la apertura de la autovía A-64, que impide que la indemnización sea la que se reclama. En esas condiciones, y teniendo en cuenta que el descenso del tráfico afecta solo a una de las estaciones litigiosas, fijaremos la indemnización en el 60% de lo pedido

NOVENO.- La decisión de la Comisión.

Esta Sala la admitió al amparo del *Art. 271 L.E.C.*, pero no la tendrá en cuenta.

La cuestión de la competencia solo se toca de pasada; muy pocos reglones en la contestación a la demanda, y poco más.

Por otro lado, la petición de CARBURANTES no es la de nulidad del contrato por no ser conforme con las normas de la competencia, y en especial por ser contrarios a las normas de los tratados constitutivos de Unión Europea, o no respetar la adaptación de los contratos a las prescripciones que hubiese impuesto la Comisión a REPSOL de novar los contratos vigentes según los dictados de dicho órgano.

La petición de ambos contratantes es la de resolución del contrato por incumplimiento imputable a la parte contraria sin más connotaciones sobre el Derecho de la Competencia.

DÉCIMO.- Costas.

De conformidad con los *Arts 394 y 398 L.E.C.* las costas de 1ª instancia de la demanda principal no deben imponerse por la estimación parcial de la demanda. Las de la demanda reconventional deben imponerse al reconviniente por su desestimación.

Las de la alzada deben imponerse a CARBURANTES las causadas por la desestimación de su recurso, y sin expresa imposición de las causadas por el recurso de REPSOL dada su estimación parcial.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación, articulado por la representación procesal de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S. A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 40 de los de esta Villa, en sus autos Nº 1156/04, de fecha diecinueve de febrero de dos mil ocho, y aclarada por auto de fecha 8 de abril de 2008 .

DESESTIMAMOS el recurso de apelación, articulado por la representación procesal de CARBURANTES DEL CANTABRICO S. L., contra la sentencia identificada en el párrafo anterior

REVOCAMOS dicha resolución, y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente:

1º.- ESTIMAMOS parcialmente la demanda formulada, por la representación procesal de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S. A., contra CARBURANTES DEL CANTABRICO S. L., y DECLARAMOS RESUELTOS en interés del actor los contratos de arrendamiento de negocio y venta en exclusiva que ligaban a los litigantes sobre las estaciones de servicio E.S. Nº 34.561 Cancienes-Corvera y E.S. Nº13.316 Sevares, propiedad de la actora.

2º.- CONDENAMOS a CARBURANTES DEL CANTABRICO S. L. a que pague al actor la cantidad de NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS DE EURO (93.619,79#) en concepto de principal, con los intereses a los que condena la sentencia de instancia.

3º.- CONDENAMOS a CARBURANTES DEL CANTABRICO S. L. a que pague al actor la cantidad de CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO EUROS CON SESENTA CENTIMO DE EURO (53.174,60#) en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con sus intereses legales al tipo del *Art.*

1108 C. C . desde la fecha de la demanda, y los del *Art. 576 L.E.C .* desde la fecha de esta resolución.

4º.- ABSOLVEMOS a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S. A. de la demanda reconvenicional formulada en su contra.

5º.- IMPONEMOS a CARBURANTES DEL CANTABRICO S. L. las costas de 1ª instancia causadas por su demanda reconvenicional , y las de esta alzada originadas por su recurso.

6º.- NO HACEMOS expresa condena en las costas de 1ª instancia causadas por la demanda principal, ni de las de esta alzada causadas por el recurso del actor.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del *art. 248.4 de la LOPJ .*

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaria para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.