

**INFORME SOBRE LOS CONTRATOS DE TRANSACCIÓN Y DE ARRENDAMIENTO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013 SUSCRITOS ENTRE MERCA OCIO HOTELES 22 SL Y MERCAMADRID SA.**

- I. OBJETO DEL INFORME.**
- II. PRESENTACIÓN DEL AUTOR.**
- III. DOCUMENTACIÓN ANALIZADA.**
- IV. ANTECEDENTES DEL CONTRATO OBJETO DE ANÁLISIS.**
- V. NATURALEZA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE TRANSACCIÓN Y ARRENDAMIENTO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2015.**
- VI. SOLUCIONES POSIBLES: EJERCICIO DE ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO; DESISTIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DANDO POR CONCLUIDA LA RELACIÓN ARRENDATICIA; ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE MERCAMADRID.**

**I. OBJETO DEL INFORME.**

El presente informe ha sido elaborado a petición del Director General de Mercamadrid SA al objeto de analizar la conformidad a derecho del contrato de arrendamiento suscrito el 28 de noviembre de 2013 entre Merca Ocio Hoteles 22, SL y Mercamadrid SA sobre dos salas ubicadas en la parcela inscrita en el Registro de la Propiedad número 19 de Madrid al Tomo I, Libro 499, folio 166, Finca 43.589, inscripción 1ª, finca que se identifica urbanísticamente dentro del Polígono Alimentario Mercamadrid como Parcela I.1, siendo así que la propietaria de la parcela es Mercamadrid SA y existiendo sobre la misma dos derechos de superficie constituidos a favor de Merca Ocio Hoteles 22 SL; así como el análisis del contrato

de transacción de igual fecha del que trae causa el expresado contrato de arrendamiento.

Asimismo es objeto del presente informe la ponderación y valoración de las posibles alternativas legales para poner fin a la relación contractual, en su caso, teniendo en cuenta que las referidas salas arrendadas no han sido objeto de utilización por parte de la arrendataria.

## II. PRESENTACIÓN DEL AUTOR.

El presente informe es elaborado por José María Ayala de la Torre, licenciado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid.

José María Ayala de la Torre ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 2005, habiendo ocupado desde entonces, y entre otros, los siguientes cargos: Abogado del Estado-Jefe en Badajoz, Abogado del Estado-Jefe en la Comunidad Autónoma de Extremadura, Abogado del Estado ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, Abogado del Estado en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y Abogado del Estado en el Ministerio de Empleo.

Ha sido Secretario del Tribunal Económico Administrativo Regional de Extremadura, vocal del Jurado Provincial de Expropiación de Badajoz, Director Jurídico de la sociedad estatal Hidroguadiana SA, Director Jurídico de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITTSA) y de la Fundación estatal CIEN (Centro de Investigaciones de Enfermedades Neurológicas).

Ha sido profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y profesor del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), del Instituto de Estudios Fiscales y del máster de asesoría fiscal de CTO Business School.

Autor de numerosas publicaciones y coautor de diferentes libros, tanto en materia de Derecho Público como en cuestiones de Derecho Privado y experto en compliance, es colaborador habitual de la revista especializada en Derecho Administrativo SEPIN así como de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Actualmente compatibiliza la Abogacía del Estado con el ejercicio profesional como Abogado (ICAM 110.273), siendo asimismo profesor de Estrategia Procesal en la Universidad CEU de Madrid, patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Académico correspondiente), así como del Comité editorial de la revista SEPIN.

### III. DOCUMENTACIÓN ANALIZADA.

Para la elaboración del presente informe hemos utilizado la información y documentación suministrada por Mercamadrid SA, habiendo tenido asimismo las reuniones que se han considerado necesarias.

La documentación facilitada por el cliente puede sintetizarse del siguiente modo:

- 1º. Cronológico histórico 2001-2004 sobre adjudicación del concurso de ideas y licencias, que incluye variada documentación acerca del concurso para la adjudicación de los derechos de superficie sobre la citada parcela I.1, parcela donde se encuentran las dos salas objeto del contrato de arrendamiento.
- 2º. Extracto del acta de la Comisión ejecutiva de consejeros de 14 de octubre de 2013.
- 3º. Extracto del acta del Consejo de Administración de 16 de octubre de 2013.
- 4º. Informe jurídico de 11 de octubre de 2013 presentado al Consejo de Administración de 16 de octubre de 2013 del Secretario General de Mercamadrid SA.
- 5º. Contrato de transacción de 28 de noviembre de 2013 entre Merca Ocio Hoteles SL y Mercamadrid SA por el que se reconoce por el primero la existencia de una deuda con la segunda y la validez de los contratos de superficie a cambio de que se constituya sobre parte de la parcela objeto de superficie un contrato de arrendamiento a favor de Mercamadrid hasta 2032.
- 6º. Contrato de arrendamiento sobre dos salas de la Parcela I.1 propiedad de Mercamadrid SA celebrado el 28 de noviembre de 2013 entre ésta y Merca Ocio Hoteles 22 SL.

7º. Extractos de actas ejecutivas de consejeros de 5 de diciembre de 2013, 24 de enero de 2014 y 28 de enero de 2014.

8º. Borrador de contrato de subarriendo de las dos salas arrendadas entre Mercamadrid SA y Mercasa SA de fecha 30 de julio de 2014; solicitud al Ayuntamiento de 6 de octubre de 2014 para la asunción por éste del arrendamiento con Mercasa entre enero de 2032 y enero de 2055 y Plan de Negoció de Mercasa.

9º. Instrucciones de contratación de la entidad Mercamadrid SA de 1 de abril de 2014.

10º. Escritura de concesión del derecho de superficie de 9 de mayo de 2003 sobre la parcela I.1 a favor de Merca Ocio Hoteles SL y Pliego de contratación.

11º. Documentación relativa al Procedimiento ordinario 1611/2011 del Juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid entre Mercamadrid SA y Merca Ocio Hoteles 22 SL.

#### **IV. ANTECEDENTES DEL CONTRATO OBJETO DE ANÁLISIS.**

Para un correcto enfoque de la cuestión objeto de informe es necesario partir de una serie de antecedentes, cuya comprensión permitirá un mejor entendimiento de la causa del contrato de arrendamiento de 28 de noviembre de 2013.

1. Derecho de superficie para explotación de un hotel y derecho de superficie para instalación de servicios de restauración.

En línea de principio hemos de partir del hecho de que el 3 de julio de 2001 MERCAMADRID SA convocó un concurso para la adjudicación de un derecho de superficie sobre la parcela I 1 de la unidad alimentaria a la que se hizo referencia en el apartado I) del presente informe, para la construcción y explotación de un hotel.

El mismo día se procedió a convocar concurso para la adjudicación de un derecho de superficie sobre la misma parcela para la construcción y explotación de unas instalaciones para servicios de restauración.

Las bases del citado concurso, que figuraban en la correspondiente convocatoria, convocatoria publicada en el BOCAM y en el BOE, señalaban en cuanto al objeto del contrato:

“Base 1. El presente concurso tiene por objeto la adjudicación de la Parcela i-1 propiedad de MERCAMADRID SA sita en la unidad alimentaria de Madrid, para la construcción y explotación de unas instalaciones con la categoría que libremente establezcan los concursantes para la prestación de servicios o actividades relacionadas con la restauración, y que vendrán a completar en su caso, la oferta de servicios que junto con la implantación de un hotel integrarán el complejo de actividades de la parcela I-1”.

La base segunda del referido Pliego indicaba:

“La adjudicación por MERCAMADRID SA conlleva a favor de la adjudicataria el otorgamiento de un derecho de superficie sobre la parcela para la construcción y explotación por cuenta y riesgo de la misma de las instalaciones que albergarán los servicios de restauración, por un plazo que expirará el 28 de enero de año 2032, fecha en la que MERCAMADRID SA revertirá junto con la totalidad de las instalaciones de la unidad alimentaria revertirán al Excmo Ayuntamiento de Madrid”.

Añadiendo la Base Quinta de la convocatoria:

“La adjudicataria deberá solicitar del Excmo Ayuntamiento de Madrid (gerencia Municipal de Urbanismo) la correspondiente licencia de obras dentro del mes siguiente a la fecha en que MERCAMADRID SA comunique al adjudicatario la aprobación de la documentación especificada en la anterior Base...”

Si la adjudicataria no obtuviera las licencias preceptivas en el plazo máximo de cuatro meses desde la firma del contrato, la adjudicación quedará resuelta de pleno derecho perdiendo los cánones devengados si la denegación se derivara de los propios actos de la adjudicataria o por causa imputable al mismo”.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que la explotación (y construcción) de las instalaciones que debieran albergar los servicios de restauración de la citada parcela era **a riesgo y ventura** del adjudicatario de la parcela, siendo cuestión jurídicamente indiscutible que los pliegos de contratación son la ley del concurso para las partes contratantes y forman parte del contenido esencial del contrato, por mor del artículo 1091 del Código Civil.

En el citado concurso resultó adjudicataria la entidad Konin 22 SL, procediendo el 23 de octubre de 2001 a formalizar un contrato de adjudicación del contrato, contrato por el que se constituía a favor de la entidad adjudicataria un derecho de superficie sobre la referida parcela para la construcción y explotación de unas instalaciones para servicios de restauración. Ha de tenerse en cuenta que en ningún momento los Pliegos (ley del concurso y parte integrante del contrato de superficie) delimitan el contenido de los concretos servicios de restauración que deben ser desarrollados en la parcela objeto de concesión del derecho de superficie, de suerte tal que el derecho de superficie se concede para la construcción y explotación de unos servicios de restauración en general, sin especificar qué servicios de restauración concretos van a prestarse en las instalaciones construidas al efecto por el adjudicatario, servicios que serán los definidos, a su riesgo y ventura, por el superficiario.

Tras la adjudicación de los dos derechos de superficie sobre la parcela I.1) la empresa adjudicataria procedió al pago del canon superficiario con la periodicidad establecida (pagadero por meses y por importe anual de 97.604,37 euros en el caso del derecho de superficie para explotación de hotel y de 41.830,44 euros para el derecho de superficie constituido sobre la misma parcela para construcción y explotación de servicios de restauración), sin que conste que en ningún momento el superficiario cuestionase el cumplimiento por parte de Mercamadrid SA de las condiciones ofertadas en el concurso para la adjudicación de ambos derechos, en particular y por lo que aquí interesa, del derecho de superficie para construcción y explotación de instalaciones para servicios de restauración.

Quiere decirse con ello que Konin 22 SL, adjudicataria, no consideró, mientras fue superficiaria, que existiera incumplimiento alguno por parte de MERCAMADRID SA, sino que al contrario puede entenderse que aquella entendió que ésta cumplía con las condiciones ofertadas, habida cuenta de que así se deduce del acto propio más característico de la relación contractual onerosa instaurada entre ambas entidades, a saber, el pago del canon superficiario. Si Konin 22 SL pagaba el canon es porque entendía que la parte contraria cumplía sus obligaciones, de lo que puede deducirse que aquella podía desarrollar los correspondientes servicios de restauración para los cuales realizó la correspondiente oferta.

El 9 de mayo de 2003 en escritura pública Konin 22 SL cede ambos derechos de superficie a la entidad MERCA OCIO HOTELES 22 SL, cesión que se realiza con el consentimiento de MERCAMADRID SL. Indicando la cláusula cuarta del referido contrato:

“Asimismo, MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE MADRID SA, constituye a favor de MERCA OCIO HOTELES 22 SL que lo acepta un derecho de superficie sobre la finca descrita en el expositivo I de esta escritura consistente, tal y como resulta del contrato incorporado a esta escritura, en la construcción y explotación de instalaciones para servicios de restauración cuyas características serán las que resultan del contrato citado”.

Por consiguiente, puede decirse que cuando MERCA OCIO HOTELES 22 SL se subroga en la posición de KONIN 22 SL declara conocer el contenido del derecho de superficie y lo acepta tal cual se recoge en el contrato del primero y, como dijimos anteriormente, su causante (en el sentido del titular del derecho de superficie del que el derecho de Merca Ocio Hoteles 22, SL, del que trae causa) a través de actos coetáneos y posteriores al contrato (en concreto el pago de las mensualidades correspondientes al canon superficiario de los derechos constituidos a su favor) entendió que MERCAMADRID cumplió las obligaciones que el Pliego del contrato le impuso. Con ello queremos destacar que KONIN 22 SL interpreta el contrato por el que se constituye el derecho de superficie para construcción y explotación de unas instalaciones destinadas a servicios de restauración como un aquel cuyo objeto es prestar servicios de restauración sin mayor especificación. Y ese contrato declara Merca Ocio que lo conoce y lo consiente en todos sus extremos, pues se subroga en la posición del superficiario originario.

Con posterioridad a mayo de 2003 Merca Ocio Hoteles 22 SL procedió al pago del canon por el derecho de superficie sin cuestionar en ningún momento la procedencia del pago del mismo, lo que acredita de igual modo que el objeto del contrato con MERCAMADRID era la concesión de un derecho de superficie para la construcción e instalación de servicios de restauración en general, sin que la entidad pública se hubiera comprometido en modo alguno a que los servicios de restauración tuvieran por objeto una escuela de formación para la prestación de servicios de restauración.

Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que el derecho de superficie es un derecho real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otra (superficiario) el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace bajo ciertas y determinadas condiciones (Puig Peña); pero lo característico del derecho de superficie no es el derecho a construir o edificar en suelo ajeno, sino el derecho de tener o mantener en el suelo ajeno una edificación en propiedad (Roca Sastre); derecho al que solamente dedicó el Código Civil un precepto (artículo 1655) y que inicialmente apareció regulado en el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario en cuanto a su aspecto registral y en las diferentes normas reguladoras del suelo.

A día de hoy, derogado el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, la regulación del derecho de superficie se circunscribe al Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre, que dedica los artículos 53 y 54 al citado derecho. Con arreglo al citado régimen jurídico del derecho de superficie podemos destacar las siguientes características delimitadoras del derecho de superficie:

- 1º. El derecho de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la finca ajena “manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas”, conforme al artículo 53 del TRLS 7/2015.
  - 2º. Puede constituirse el derecho de superficie sobre construcciones o edificaciones ya realizadas, en cuyo caso el superficiario ostentará la propiedad temporal de las mismas.
- Por consiguiente, parece claro que se constituya el derecho de superficie en la modalidad de conceder la facultad de construir o edificar en suelo ajeno o en la modalidad de constituirse sobre lo edificado o construido, el superficiario tiene una propiedad temporal sobre lo edificado o construido en suelo ajeno.
- 3º. Como elementos formales, el derecho de superficie ha de constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.
  - 4º. El plazo del derecho de superficie será el indicado en la escritura de constitución del mismo, que no podrá exceder de noventa y nueve años.
  - 5º. Elementos personales del derecho son el propietario del suelo, que es el único que puede constituir el derecho de superficie, como recuerda el artículo 53.2 del TRLS



7/2015; y el superficiario, que puede serlo cualquier persona con capacidad para contratar.

6°. Elementos reales: la finca sobre la que se constituye el derecho puede ser de titularidad pública o privada. Y, como hemos visto, el artículo 53 del TRLS 7/2015 admite que la finca sobre la que se constituya esté sin construir ni edificar (en cuyo caso el derecho del superficiario será el de construir o edificar y hacer suyas temporalmente las construcciones o edificaciones) o por el contrario que se trate de una finca construida o edificada, de suerte tal que el derecho atribuya al superficiario al propiedad (temporal) de las edificaciones o construcciones.

7°. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen, con las limitaciones indicadas en el título constitutivo del derecho, en el buen entendido de que constituido un gravamen sobre el derecho de superficie el mismo se extinguirá cuando se extinga el derecho de superficie.

8°. Entre las obligaciones del superficiario está el pago del canon, siendo oneroso (pues la ley prevé también su constitución gratuita) y la de construir o edificar en el plazo señalado al efecto en el título constitutivo del derecho. De suerte tal que el incumplimiento de la obligación de edificar en plazo origina la extinción del derecho.

9°. El propietario del suelo puede transmitir la propiedad del mismo sin consentimiento ni conocimiento del superficiario; tiene derecho a exigir la contraprestación pactada por la concesión del derecho y tiene derecho a exigir del superficiario que termine la construcción o edificación en el plazo pactado.

10°. El derecho se extingue por trascurso del plazo (consolidándose en tal caso propiedad del suelo y de las construcciones o edificaciones), en cuyo caso se extinguen los derechos reales o personales impuestos por el superficiario; se extingue igualmente por el trascurso del plazo para construir o edificar sin haberlo hecho el superficiario, pero en este caso “las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho (propiedad y superficie) continuarán gravándolos separadamente hasta el trascurso del plazo del derecho de superficie” (artículo 54 del TRLS 7/2015).

Por lo demás, conviene indicar que el derecho de superficie se rige por lo dispuesto en el TRLS 7/2015, por la legislación civil en lo no previsto en el mismo y por lo dispuesto en el título constitutivo del citado derecho, siendo así que conforme al título constitutivo del derecho de superficie de la parcela I.1) a la que venimos haciendo referencia el superficiario (Konin 22 SL primero y desde 9 de mayo de 2003 Merca Ocio Hoteles 22 SL) adquirió el derecho de superficie para la construcción y explotación de unas instalaciones destinadas a servicios de restauración, entendidos los servicios de restauración en un sentido amplio, sin que pueda afirmarse que MERCAMADRID SA al licitar el meritado derecho de superficie se comprometiera a que el adjudicatario pudiera llevar a cabo en las instalaciones construidas unos servicios de restauración que con arreglo a derecho no pudieran ser desarrollados. Dicho de otro modo, los servicios de restauración ofertados por MERCAMADRID SA en el concurso de 2001 sobre la parcela I.1) eran servicios de restauración sin más, con carácter general, y podemos entender que de los datos suministrados para elaborar este informe no cabe inferir incumplimiento alguno por parte de MERCAMADRID en sus obligaciones como propietario del suelo.

2. Procedimiento ordinario 1681/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 88 de Madrid, siendo parte actora MERCAMADRID Y SA y demandada MERCA OCIO HOTELES 22 SL. Y otros procedimientos judiciales entre las partes.

Dentro de la documentación analizada para elaborar el presente informe se encuentra parte de la que conforma un procedimiento judicial entre MERCAMADRID SA y MERCA OCIO HOTELES 22 SL, en concreto el PO 1681/2011 seguido en el Juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid.

Dicho procedimiento principió por demanda interpuesta por MERCAMADRID en la que reclama a MERCA OCIO HOTELES 22 SL la suma de 317.412,84 euros en concepto de cánones superficiarios y gastos impagados desde marzo de 2010 hasta diciembre de 2011 derivados de los dos derechos superficiarios (para hotel y para servicios de restauración, respectivamente). Aprovechando la pendencia de ese procedimiento, la parte demandada (MERCA OCIO HOTELES 22 SL) reconvino frente a MERCAMADRID e instó la resolución parcial del contrato de superficie y reclamó

daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual por importe de 8.000.535,12 euros.

La base argumental de la pretensión de MERCAMADRID en el citado procedimiento se centra en los incumplimientos de la parte contraria en cuanto a los cánones de los derechos de superficie constituidos sobre la Parcela I.1), reclamación bastante razonable y de probable estimación; en tanto que la pretensión reconvenzional de indemnización por incumplimiento contractual en importe superior a ocho millones de euros presentaba difícil acogida por parte del Tribunal, habida cuenta varias razones: en primer lugar, es difícil hablar de incumplimiento por parte de MERCAMADRID SA del contenido del contrato por el que se constituye el derecho de superficie para servicios de restauración, ya que, como vimos anteriormente, el derecho de superficie se constituyó para la construcción y explotación de instalaciones para servicios de restauración, siendo así que esos servicios de restauración se prestaron por el superficiario (si bien no en la forma que pretendían hacerlo); en el pliego se señalaba con meridiana claridad, como vimos anteriormente, que el derecho de superficie se constituía a riesgo y ventura del superficiario; y aun cuando no fuera exigible, el concedente y dueño del suelo había realizado gestiones a los efectos de que el superficiario obtuviera en el Ayuntamiento licencia para prestar los servicios de restauración pretendidos por el superficiario. En segundo lugar, aun admitiendo a efectos dialécticos que MERCAMADRID SA hubiera incumplido el contrato, no estaban suficientemente acreditados los daños reclamados; y, en todo caso, difícilmente podría prosperar la reclamación frente a MERCAMADRID cuando MERCA OCIO HOTELES no cumplía sus obligaciones respectivas: como es sabido, en los contratos bilaterales, recíprocos o sinalagmáticos, ninguna de las partes puede ser compelida a cumplir sus obligaciones si la otra no cumple aquello a que está obligado en virtud de contrato (*exceptio non adimpleti contractus*).

Además de este procedimiento judicial existían otros en curso interpuestos por MERCAMADRID SA frente a MERCA OCIO HOTELES 22 SL, en concreto dos procedimientos cambiarios y un procedimiento ordinario por cánones impagados con posterioridad a diciembre de 2011.

Llegado este punto, podemos decir que en octubre de 2013 existía una deuda de MERCA OCIO frente a MERCAMADRID por importe de 698.397,70 euros, deuda que posteriormente fue reconocida por la superficiaria.

### 3. Informe de 11 de octubre de 2013.

Con fecha 11 de octubre de 2013 el Secretario General de MERCAMADRID emite un informe jurídico sobre la legalidad y oportunidad de alcanzar un acuerdo transaccional entre las partes que pusiera fin a las controversias judiciales existentes, concluyendo el citado informe en sentido favorable a la firma del acuerdo transaccional, todo ello sobre la base de la probable prosperabilidad de la acción reconvencional ejercitada por MERCA OCIO HOTELES 22 SL en reclamación de más de ocho millones de euros.

Para ello se basaba el citado informe en varios argumentos:

- 1º. En primer lugar, pese a reconocer que el superficiario asumió el riesgo y ventura en el contrato, sostiene el informe que MERCAMADRID puede tener responsabilidad, desde el punto de vista del juzgador en el PO 1681/2011, en la denegación de licencias al superficiario por parte del Ayuntamiento de Madrid y ello por cuanto que el 51% del capital de la mercantil es del Ayuntamiento.
- 2º. En segundo lugar, el riesgo de perder el pleito, con los intereses y costas en plazo que estimó el informe en seis años.
- 3º. En tercer lugar, “la oportunidad de gestionar en arrendamiento las salas de eventos de la parcela con opción de ceder el contrato o subarrendarlas enjugando así el total de la deuda de 698.397 euros contra rentas arrendaticias futuros”, poniendo así además fin a los litigios existentes.

Sin perjuicio de la valoración de la oportunidad de gestionar salas de eventos del superficiario a que alude el informe (y vaya por delante que no pretendemos hacer juicios de oportunidad sobre parcelas o sectores de actividad de MERCAMADRID SA, por entender que los juicios de oportunidad son propios de los gestores y ajenos a lo jurídico), consideramos que las razones esgrimidas en el mismo para apoyar la transacción no son consistentes.

Es cierto que un pleito tiene riesgos, pero no lo es menos que en este caso existían razones para mantener el procedimiento:

- 1º. El contrato de concesión de superficie sobre la parcela I.1) y el Pliego en el que se basaba (ley del contrato) dejaban claras las obligaciones de las partes, siendo así que la superficie fue prevista por la concedente para la construcción y explotación de

instalaciones para servicios de restauración, sin especificar qué servicios de restauración eran objeto de la superficie. Por tanto no cabe hablar de incumplimiento contractual por la propietaria del suelo.

2º. Es el contratista, como bien dice el informe, quien asume el riesgo y ventura en la ejecución del contrato, no la entidad contratante.

3º. El Ayuntamiento de Madrid es dueño del 51% del capital de MERCAMADRID, pero ello no significa, en modo alguno, que por controlar (o poder hacerlo) el Ayuntamiento a MERCAMADRID ésta controle al Ayuntamiento. Quien contrata con MERCA OCIO HOTELES 22 SL no es el Ayuntamiento, sino MERCAMADRID, de modo que no cabe imputar a ésta la denegación por aquél de licencias para ciertos servicios de restauración pretendidos por la superficiaria.

4º. A mayor abundamiento, de la documentación examinada se desprende que MERCAMADRID hizo gestiones en el Ayuntamiento a favor de la superficiaria para que ésta obtuviera las pretendidas licencias, gestiones que deben encuadrarse dentro de la buena fe de la mercantil pública, pero que no le eran en modo alguno exigibles, más allá del artículo. 1258 del Código Civil.

5º. Finalmente, indicar que, al contrario de lo sostenido en el referido informe, no parece demasiado ventajoso el hecho de para evitar una contingencia de 8 millones de euros en el peor de los casos MERCAMADRID asuma el pago de una cantidad que supera los once millones de euros (importe del arrendamiento de unas salas incluidas en las instalaciones construidas como consecuencia del derecho de superficie; habida cuenta de que el arrendamiento se configura por un plazo de dieciocho años y cuatro meses sin posibilidad de desistimiento unilateral y de obligado cumplimiento, con obligación de abonar la totalidad de la renta pendiente caso de desistimiento unilateral o resolución imputable a Mercamadrid SA). Y menos ventajoso parece pagar por el arrendamiento de parte de lo construido por mor del derecho de superficie para servicios de restauración quince veces lo que recibe como canon concesional la propietaria del suelo.

En efecto, el canon por el derecho de superficie para servicios de restauración ascendía, según el contrato de 9 de mayo de 2003, a la cantidad de 41 mil euros, en tanto que el arrendamiento de parte de lo construido por el superficiario asciende a la cantidad de

600 mil euros anuales (en concreto 623.377,20 euros desde enero de 2015 y 592.208,40 euros antes de dicha fecha). No parece que sea muy ventajosa la operación.

Es más, estando previsto en nuestro derecho que pueda pactarse en el título constitutivo del derecho de superficie que la contraprestación a recibir por el propietario del suelo consista no sólo en un canon sino también en la adjudicación al propietario del suelo de derechos de arrendamiento sobre parte de lo construido (artículo 53.3 del TRLS 7/2015) no parece que el legislador haya previsto que el propietario del suelo tenga que pagar por la concesión de la superficie al superficiario. Es decir, podía haberse previsto en el título de la superficie que como contraprestación MERCAMADRID recibiese el arrendamiento de las dos salas, pero no es razonable que se hubiera previsto que MERCAMADRID hubiera recibido en arrendamiento esas dos salas pagando por ellas quince veces lo que recibe como canon superficiario. Lo que hubiera sido posible es, por consiguiente, que se hubiera establecido un arrendamiento con una renta igual a la del derecho de superficie.

Por tanto, entendemos, al contrario que en el citado informe, que la transacción propuesta (y finalmente acordada) no era provechosa para MERCAMADRID, como veremos, por carecer de causa.

#### **V. NATURALEZA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE TRANSACCIÓN Y ARRENDAMIENTO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013.**

El Consejo de Administración de MERCAMADRID de 16 de octubre de 2013 acordó celebrar con MERCA OCIO HOTELES 22 SL un acuerdo transaccional en cuya virtud ésta asumiera y reconociera una deuda de 698.397,70 euros a cambio de que MERCAMADRID SA arrendase dos salas construidas, por mor del derecho de superficie para servicios de restauración, por importe de 592 mil euros hasta enero de 2015 y posteriormente 623 mil euros anuales, como hemos comentado anteriormente.

##### **1. Contrato de transacción de 28 de noviembre de 2013.**

Dentro del contrato de transacción, hemos de destacar las siguientes cláusulas:

1º. Cláusula segunda: “MERCAOCIO reconoce adeudar a MERCAMADRID a fecha 1 de octubre de 2013, la cantidad de SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS con SETENTA céntimos (698.397,70), IVA incluido, en concepto de cánones superficiarios y gastos generales impagados derivados de los dos derechos de superficie indicados en el expositivo I de este documento (o sea, la parcela I.1), a salvo que en relación a alguna de las cantidades comprendidas en dicha suma pudiera MERCAOCIO acreditar su pago.

MERCAMADRID por su parte reconoce que la antedicha cantidad es la única adeudada por MERCAOCIO a fecha 1 de octubre de 2013 y asimismo acepta que el pago de dicha cantidad adeudada se realice en la forma indicada en la estipulación cuarta apartado precio del presente documento”.

2º. Cláusula tercera: “MERCAMADRID y MERCAOCIO expresamente manifiestan y aceptan la plena eficacia y validez en su integridad de los dos contratos de fecha 23 de octubre de 2001 que formalizan los dos derechos de superficie constituidos sobre la parcela I.1 propiedad de MERCAMADRID a los que se refiere el expositivo I de este documento, así como la plena eficacia y validez en su integridad de la escritura de concesión de derechos de superficie otorgada ante notario del Ilustre Colegio de Madrid D<sup>a</sup> María del Rosario Algora Wesolowski el 9 de mayo de 2003...”.

3º. Cláusula cuarta: “MERCAMADRID y MERCAOCIO suscribirán con esta misma fecha un contrato, con efectos 1 de octubre de 2013 por estar así previamente acordado por el que esta última arrienda a MERCAMADRID las dos salas construidas sobre la parcela I.1 propiedad de MERCAMADRID indicada en el expositivo I de este documento y sobre las que MERCAOCIO ostenta un derecho de superficie en base a la escritura otorgada ante notario... el 9 de mayo de 2003...”.

Las condiciones esenciales de dicho arrendamiento serán las siguientes:

Objeto del contrato: el arrendamiento como cuerpo cierto de las dos salas ubicadas en la parcela I.1 propiedad de MERCAMADRID...

Duración: hasta el día 28/01/2032, sin posibilidad alguna de prórroga y sin que se contemplen facultades de desistimiento unilateral para ninguna de las dos partes (la negrita es nuestra)...

Precio: 9,5 euros mes más IVA los dos primeros años de vigencia del contrato (hasta el día 1 de octubre de 2015) y 10 euros mes más IVA a partir del día 1 de octubre de 2015, actualizable anualmente... La deuda acumulada de MERCAOCIO para con MERCAMADRID que se indica en el anexo 1 de este documento se destinará a cubrir hasta donde alcance en el tiempo el pago de este precio por mensualidades arrendaticias mediante compensación de ambas deudas cruzadas y solo cuando dicha deuda quede totalmente saldada será exigible a MERCAMADRID que proceda al pago efectivo de ese precio mensual del arrendamiento”.

De acuerdo con lo pactado en ese contrato de transacción de 28 de noviembre de 2013, a cambio del reconocimiento de deuda efectuado por MERCAOCIO se renuncian a los pleitos y se acuerda que MERCAMADRID arriende dos locales incluidos en el derecho de superficie de MERCAOCIO (cuyo suelo es propiedad de MERCAMADRID) por importe de 592 mil euros hasta octubre de 2015 y a partir de entonces 623 mil euros anuales, arrendamiento que se pacta por un periodo de 19 años y sin posibilidad de resolución o desistimiento unilateral anticipado por ninguna de las partes. Y además, el importe de lo adeudado por MERCAOCIO no se paga sino que se compensa con las rentas futuras a devengar por MERCAMADRID.

Quiere decirse con ello que en el contrato de transacción MERCAOCIO reconoce una deuda por importe de casi 700 mil euros que no paga y MERCAMADRID se compromete a pagar en los casi 19 años de duración del contrato once millones y medio de euros, adquiriendo el derecho de arrendamiento de dos salas construidas por MERCAOCIO en base al derecho de superficie para servicios de restauración sobre la parcela I.1.

El contrato de transacción se encuentra regulado en los artículos 1809 y siguientes del Código Civil, señalando el artículo 1809 que “la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.



En realidad el contrato de transacción puede ser definido como un contrato por el que las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a la incertidumbre que entre ellas mediaba acerca de la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica.

De esta definición se deducen los siguientes caracteres de la relación jurídica transaccional:

- 1º. Una relación jurídica incierta, es decir, una causa o posibilidad litigiosa.
- 2º. La intención en los contratantes de sustituir a la relación jurídica dudosa una relación cierta e incontestable.
- 3º. Una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual cada una de ellas, dando, reteniendo o prometiendo algo sufra un sacrificio.

Este último elemento es el que imprime a la transacción el carácter de contrato bilateral y el que lo distingue de la renuncia y del reconocimiento unilateral y de otros negocios que conllevan el abandono de una pretensión. Dicho de otro modo, una transacción sin recíprocas concesiones no puede existir, ya que las concesiones recíprocas son determinantes de un contrato con causa onerosa.

Ahora bien, una cosa es que el contrato de transacción tenga como causa la existencia de recíprocas concesiones de las partes y otra que esas concesiones recíprocas tengan que ser perfectamente equivalentes, algo que no es, en modo alguno, exigible.

En cuanto a los efectos de la transacción, dispone el artículo 1816 del Código Civil que “la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada”, pero haciendo la salvedad acto seguido de que “no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”.

Quiere decirse con ello que sólo la transacción judicial equivale a una sentencia firme. La transacción extrajudicial (nuestro caso) no tiene sino la fuerza de todo contrato y si se incumple habrá que acudir a los Tribunales para que, después del oportuno litigio, dicten la correspondiente sentencia que una vez dictada podrá ser ejecutada (a ello pretende referirse la expresión “vía de apremio”). Es decir, la expresión “tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada” debe ser vista desde

una perspectiva metafórica, pues en realidad la transacción extrajudicial tiene el valor propio de todo contrato, esto es, el artículo 1091 del Código Civil según el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

Por consiguiente, al encontrarnos ante un contrato se somete a reglas sobre nulidad, reglas específicas, reguladas en el Capítulo I del Título XIII del Libro IV del Código Civil, y reglas generales (de los artículos 1261 y siguientes del Código Civil).

Entre las primeras destaca el principio general según el cual “la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1265 de este Código” (artículo 1817.1º CC), si bien no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que ésta se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado (artículo 1817.2º del CC); principio general que se completa con el hecho de que “el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular la transacción, si no ha habido mala fe” (artículo 1818 CC), lógico pues en caso de mala fe se aplican las reglas generales sobre dolo.

Pero además de las reglas específicas del Código Civil en materia de transacción, son de aplicación las reglas generales de contratación, de modo que no hay contrato sino cuando concurren consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 del Código Civil); que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando se opone a la moral o a las leyes (artículo 1275 del CC) y que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad si no se probase que estaban fundados en otra lícita y verdadera (artículo 1276 del CC).

## 2. Contrato de arrendamiento de 28 de noviembre de 2013.

En el contrato de transacción de 28 de noviembre de 2013 las partes se obligan a firmar un contrato de arrendamiento por un periodo que transcurre entre 1 de octubre de 2013 y el 28 de enero de 2032, contrato accesorio o de mera ejecución del de transacción.

Como características significativas de este contrato de arrendamiento debemos destacar las siguientes:

1º. En primer lugar, el objeto del contrato de arrendamiento, consistente, según la cláusula segunda del mismo, en dos salas de las instalaciones existentes en la parcela I.1) propiedad de MERCAMADRID, parcela sobre la que se constituyó un derecho de superficie a favor de MERCA OCIO HOTELES 22 SL para construir y explotar instalaciones destinadas a servicios de restauración.

A tal efecto, se plantea en primer lugar si es posible que el propietario del suelo sea arrendatario de las construcciones (o parte de ellas) llevadas a cabo por el superficiario.

La respuesta ha de ser afirmativa, habida cuenta de que el artículo 53.3 del TRLS 7/2015 dispone:

“El derecho de superficie puede ser oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie”.

Resulta claro que es perfectamente posible que el propietario del suelo sea arrendatario de locales o viviendas construidas por el superficiario, habida cuenta de que siendo onerosa la superficie constituida la contraprestación a satisfacer al dueño del suelo pueda consistir, como hemos visto, en derechos de arrendamiento sobre pisos o locales construidos en virtud del expresado derecho de superficie.

2º. En segundo lugar, la cláusula tercera del referido contrato, que viene a indicar lo siguiente:

“TERCERA. El periodo contractual pactado es de obligatorio cumplimiento, por lo que caso de desistimiento por parte de la arrendataria o de resolución judicial del contrato por parte de la arrendataria, o de resolución judicial del contrato por incumplimiento de la arrendataria de sus obligaciones contractuales, con anterioridad a su finalización, deberá indemnizar a la arrendadora con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que quedare por cumplir”.

Es decir, el contrato de arrendamiento, accesorio de la transacción, fija una cláusula de obligado cumplimiento cuya naturaleza equivale a la de una cláusula penal, siendo de aplicación el régimen contenido en el Código Civil respecto de la cláusula penal, debiendo destacar lo siguiente:

Artículo 1152 del Código Civil:

“En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado.

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.

Artículo 1155:

“La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal”.

Añadiendo el artículo 1154:

“El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

3º. La tercera cuestión relevante o destacable del contrato de arrendamiento la encontramos en el precio, renta o merced.

En la cláusula cuarta del contrato se fija una renta 592.208,40 euros los dos primeros años de vida del contrato, renta que se eleva a partir del tercer año (desde 1 de octubre de 2015) a 623.377,20 euros.

Ciertamente, llama poderosamente la atención que por el alquiler de dos salas el propietario del suelo pague quince veces lo que recibe como canon superficiario (derecho de superficie sobre la parcela para construir y explotar servicios de restauración, cuyo canon asciende a poco más de 41 mil euros anuales). Es cierto que la contraprestación del derecho de superficie puede consistir, como hemos visto, en la constitución de derechos de arrendamiento sobre locales construidos por el superficiario (artículo 53.3 del TRLS 7/2015), siendo igualmente cierto que el

derecho de superficie puede ser gratuito, pero no lo es menos que la norma no contempla que se pague por el propietario para la constitución del derecho de superficie, que es lo que en realidad sucede en el presente caso.

4º. En cuarto lugar, al margen de lo dispuesto en el contrato, según se nos ha informado, la arrendataria (propietaria del suelo) no ha usado ni usa el bien objeto del arrendamiento, siendo una obligación del arrendatario el uso del objeto arrendado para los fines propios del arrendamiento.

**VI. SOLUCIONES POSIBLES: EJERCICIO DE ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO; DESISTIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DANDO POR CONCLUIDA LA RELACIÓN ARRENDATICIA; ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES DE MERCAMADRID.**

1. Ejercicio de acción de nulidad del contrato de transacción y del contrato de arrendamiento; subsidiariamente ejercicio de la acción de desistimiento del contrato de arrendamiento.

En primer lugar, hemos de analizar la opción del ejercicio de una acción de nulidad contractual, cuya competencia recaería en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente de los de Madrid tendente a la declaración de nulidad del contrato de transacción de 28 de noviembre de 2013 y del contrato de arrendamiento sobre las dos salas de la parcela I.1) propiedad de MERCAMADRID, parcela sobre la que existen dos derechos de superficie a favor de MERCA OCIO HOTELES 22 SL, uno para construcción y explotación de hotel y otro para construcción y explotación de instalaciones destinadas a servicios de restauración.

Es cierto que, como hemos visto, el 28 de noviembre de 2013 se alcanzó un acuerdo transaccional entre las partes en cuya virtud se reconocía por MERCA OCIO HOTELES 22 SL la existencia y validez del contrato de 9 de mayo de 2003 por el que se subrogaba en la posición de KONIN 22 SL en la concesión del derecho de superficie, por lo que aquí interesa, para servicios de restauración, reconociendo una

deuda de 698.397,70 euros (deuda que había sido reclamada judicialmente en varios procedimientos por MERCAMADRID) y a cambio de dicho reconocimiento MERCAMADRID SA asumía la obligación de pactar un arrendamiento sobre dos salas de las instalaciones construidas en virtud del derecho de superficie por un plazo de duración coincidente con el que restaba del derecho de superficie (hasta enero de 2032, 18 años y tres meses), arrendamiento en el que se fijaba una renta más de quince veces superior al canon concesional que por el derecho de superficie sobre el que se constituía las salas pagaba el arrendador y superficiario.

Entendemos que puede articularse la acción de nulidad sobre la base de que en el contrato de transacción no hay causa, resultando aplicables los artículos 1261, 1275 y 1276 del Código Civil antes transcritos. Ello por cuanto que la transacción es un contrato bilateral y recíproco en el que se exige (ésta es su causa) que para poner fin al litigio o controversia existente entre las partes cada una de las partes realice concesiones, concesiones que han de ser no necesariamente equivalentes, pero sí recíprocas, de suerte que si una de las partes no realiza concesión ninguna puede decirse que no hay causa de la transacción. Y una cosa es que las recíprocas concesiones no tengan que ser exactamente equivalentes y otra bien distinta es que pueda hablarse de transacción cuando exista una absoluta descompensación entre las recíprocas concesiones de las partes.

Pues bien, en este caso, como dijimos anteriormente, MERCAOCIO reconoce una deuda por importe de casi 700 mil euros que no paga y MERCAMADRID se compromete a pagar en los 18 años y cuatro meses de duración del contrato once millones y medio de euros, adquiriendo el derecho de arrendamiento de dos salas construidas por MERCAOCIO en base al derecho de superficie para servicios de restauración sobre la parcela I.1.

Quiere decirse con ello que puede sostenerse que MERCA OCIO no realiza concesión alguna (puesto que no puede entenderse concesión reconocer una deuda que no se paga, pues se paga contra rentas futuras) y, caso de entender que hay concesión por ésta resulta claro que es absolutamente desproporcionada respecto de las concesiones de MERCAMADRID.

Existen varios argumentos para sostener la falta de causa que determinaría la nulidad del contrato de transacción y del consiguiente arrendamiento:

1º. En primer lugar, el arrendatario de las dos salas de la Parcela I.1) es el propietario del suelo.

Como hemos visto anteriormente, nada obsta a que el propietario del suelo sea arrendatario de alguno de los locales o pisos construidos por el superficiario como consecuencia del derecho de superficie. Ello viene corroborado por la dicción literal del artículo 53.3 del TRLS 7/2015, que permite que la contraprestación por el derecho de superficie consista en derechos de arrendamiento a favor del propietario del suelo. Si ello es así es perfectamente posible que sea arrendatario el propietario del suelo.

El problema aparece cuando los derechos de arrendamiento a favor del propietario no aparecen como contraprestación, como es el caso, pues el arrendamiento de parte del bien objeto de superficie tiene un precio claramente superior al canon concesional que percibe el dueño del suelo.

2º. El importe de la renta (592.208,40 euros, los dos primeros años y 623.377,20 a partir de octubre de 2015) es absolutamente desproporcionado respecto del canon concesional. En efecto, por el derecho de superficie para servicios de restauración MERCA OCIO paga poco más de 41 mil euros, mientras que recibe por parte de lo construido o edificado en dicha parcela 623 mil euros (más de 15 veces lo que paga).

3º. El propietario del suelo y arrendatario no usa el bien arrendado, siendo así que el uso es una obligación del arrendatario y es un indicio más de la ausencia de causa del contrato de transacción y consiguiente arrendamiento.

4º. Se fija un plazo de cumplimiento obligado hasta final de enero de 2032 sin posibilidad de desistimiento unilateral. Es más caso de desistimiento o de resolución por causa imputable a la arrendataria se fija una cláusula penal equivalente a la renta que falta por pagar hasta el vencimiento del contrato.

5º. El contrato de arrendamiento aparece como consecuencia y efecto de un acuerdo transaccional para poner fin a un litigio (Procedimiento ordinario 1681/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 88 de Madrid) en el que MERCAOCIO reconvino exigiendo un importe de 8 millones de euros. Quiere decirse con ello que para evitar un (poco probable, vaya por delante) riesgo de ocho

millones de euros se asume una relación cierta e incontestable que implica un coste de más de once millones de euros, coste derivado del arrendamiento de un bien que no se usa.

Todo lo anterior puede servir de base para ejercitar una acción de nulidad del contrato de transacción por falta de causa (ex artículo 1809 del CC, en relación con los artículos 1261, 1275 y 1276 del CC), que conllevaría el del contrato (accesorio) de arrendamiento de igual fecha. Esa nulidad tendría los efectos del artículo 1303 del Código Civil, esto es, la recíproca restitución de las prestaciones de las partes, al tener efectos ex tunc.

Esta acción de nulidad debiera ir acumulada, en el procedimiento judicial a una acción, ejercitada de forma subsidiaria, de extinción del contrato de arrendamiento por desistimiento unilateral de MERCAMADRID SA sin indemnización alguna (o en su caso, con la indemnización de los daños y perjuicios que le sean causados a MERCA OCIO), sobre la base de considerar que la cláusula tercera del contrato de arrendamiento es nula por ser absolutamente abusiva y desproporcionada, solicitando asimismo la declaración de nulidad de la citada cláusula.

## 2. Desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento.

Como segunda opción, puede barajarse el desistimiento unilateral por el arrendatario del contrato de arrendamiento. Esta opción conllevaría en principio la aplicación de la cláusula tercera del contrato, lo que obligaría a MERCAMADRID SA a pagar la renta pendiente hasta la finalización del plazo.

No obstante, se trataría de ejercitar una acción civil ante el Juzgado de Primera Instancia tendente a declarar la nulidad de la cláusula tercera por ser abusiva, con fundamento en los argumentos expuestos anteriormente y acumulada a la extinción de la relación contractual por desistimiento unilateral de MERCAMADRID SA.

De forma subsidiaria debiera pedirse la moderación de la cláusula penal prevista en la cláusula tercera del arrendamiento, ex artículo 1154 del Código Civil.

O bien, de comunicar a la arrendadora el desistimiento, razonando la falta de exigibilidad de la cláusula penal contenida en la cláusula tercera del contrato de arrendamiento por ser abusiva. Una vez demandara MERCA OCIO a



MERCAMADRID SA la defensa de ésta sería la explicada respecto de la acción declarativa.

Esta posibilidad tiene importantes dificultades de éxito y se considera poco recomendable.

3. Acción social de responsabilidad contra los administradores de MERCAMADRID causantes de esta situación.

Resulta indudable de lo expuesto hasta ahora que la transacción y el arrendamiento configurado como contrato accesorio del primero han ocasionado un perjuicio a la compañía, perjuicio que puede atribuirse al órgano de administración que adoptó el acuerdo de transigir.

De acuerdo con el artículo 236.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital 1/2010 de 2 de julio:

“Los administradores de derecho o de hecho como tales responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

Por consiguiente, para que surja la responsabilidad de los administradores sociales es necesario que se dé un acto ilícito (es decir, contrario a la ley, a los estatutos o realizado sin la diligencia debida) que origine un daño a la sociedad y que exista relación de causalidad entre la actuación y el resultado dañoso.

1º. Acción u omisión ilícita.

Como hemos dicho, los administradores responden del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

No plantean excesivas dudas interpretativas los dos primeros supuestos, tanto el del daño causado por acto contra legem (donde debe incluirse tanto los daños causados contraviniendo lo preceptuado en ley imperativa como en cualesquiera otros productos normativos de rango inferior a la ley) como el de los daños ocasionados por incumplimiento de las previsiones estatutarias.

El problema se centra en los daños causados por actos de los administradores realizados sin la diligencia debida, diligencia con la que han de desempeñar el cargo. Para ello debe indicarse que el administrador debe ajustar su conducta a la de un ordenado empresario y un representante leal.

El empresario ordenado exige, en primer lugar, actuar con prudencia, de suerte que al administrador no le está permitido embarcar a la compañía en operaciones descabelladas, arriesgando más de lo que es lógico a la vista de las circunstancias que concurren sin una adecuada planificación y estudio. Debe actuar con la prudencia con la que lo hace un empresario cuando pone en riesgo su propio patrimonio.

En segundo lugar, ha de actuar con competencia profesional. No se exige que el administrador tenga determinada cualificación, pero sí que posea los conocimientos necesarios para el sector de actividad de que se trata.

Por ello el ordenado empresario debe informarse, debe investigar y debe vigilar.

Hemos dicho que el deber de desempeñar el cargo con la diligencia que le es exigible presupone asimismo un deber de lealtad, lo que implica anteponer los intereses sociales a los propios, renunciando en su caso a las oportunidades de negocio; no entrar en competencia material y guardar secreto en relación con la información manejada.

2º. Daño. La realidad del daño es el segundo requisito necesario para poder exigir la responsabilidad del administrador.

Sin daño no hay responsabilidad para el administrador.

Por daño hay que entender la efectiva disminución del patrimonio de la sociedad, siendo aplicable la doctrina general sobre daño emergente y lucro cesante.

3º. Culpa. No está obligado a reparar el daño causado quien ha actuado con arreglo a la diligencia. Por ello es precisa la culpabilidad del administrador en la causación del daño.

4º. Relación de causalidad. El acto de los administradores debe ser la causa de la producción del resultado dañoso, de ahí que el nexo causal constituya el presupuesto

material de la acción social de responsabilidad frente a los administradores. En la jurisprudencia se ha mantenido la tesis de la causalidad eficiente, señalando que ha de valorarse en cada caso, con arreglo al buen sentido, si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto doloso producido.

Por lo demás indicar que la carga de la prueba corresponde al demandante, al amparo del artículo 217 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, quien ha de demostrar cada uno de los presupuestos necesarios para que opere la responsabilidad. No obstante, tratándose de un órgano de administración integrado por varios miembros, el actor debe acreditar que se dan los elementos para que opere la responsabilidad sólo respecto del órgano, invirtiéndose entonces la carga de la prueba para los diferentes componentes del mismo que puedan exonerarse (artículo 236.1 del TRLSC 1/2010).

Por otro lado debemos destacar que con arreglo al artículo 238.1 del TRLSC 1/2010 para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores es precisa la adopción del correspondiente acuerdo en junta general de accionistas, que acuerdo que opera como presupuesto de procedibilidad de la correspondiente acción judicial a entablar ante los Juzgados de lo Mercantil, acción sometida a un plazo de prescripción de cuatro años desde la fecha en que el administrador hubiera cesado en el ejercicio de su cargo (artículo 949 del Código de Comercio).

Llegados a este punto podemos decir que en el caso analizado pudiera intuirse que los administradores de Mercamadrid SA no obraron con la diligencia exigible pues parece que la operación no ha sido en absoluto ventajosa para la compañía. Como dijimos anteriormente parece claro que no tiene mucho sentido asumir un coste de más de once millones de euros para evitar un riesgo potencial que caso de materializarse supondría una pérdida de ocho millones de euros cuando resulta además que el bien arrendado no ha sido utilizado en ningún momento por Mercamadrid. Como decimos en un primer análisis pudiera entenderse que hubo incumplimiento de los deberes de ordenado empresario, pero tal circunstancia debiera ser acreditada en el plenario caso de ejercitar la correspondiente acción, como vimos anteriormente. Por otro lado, la prueba del daño se torna en compleja, a día de hoy, ya que siendo claro, a nuestro juicio, que ha existido perjuicio para la

compañía por esa decisión (toda vez que se ha asumido con ella una deuda de más de once millones de euros a cambio de un arrendamiento de dos salas que no son utilizadas), no lo es menos que ese daño no puede cuantificarse, hoy, en el importe total del arrendamiento hasta su conclusión en enero de 2032 (o, al menos, plantea dificultades importantes habida cuenta de que el daño efectivo a día de hoy es el de las rentas abonadas; en cuanto a las rentas a abonar en el futuro, podría argumentarse de contrario que para su reclamación como perjuicio sería preciso acreditar que la cláusula tercera del arrendamiento es inatacable).

Por todo ello y a modo de **conclusión** podemos indicar que de las tres opciones examinadas entendemos que la más aconsejable, sin perjuicio de las dificultades que entraña, es la primera que hemos expuesto, esto es, el ejercicio de la acción civil tendente a declarar la nulidad de los contratos de transacción y arrendamiento de 28 de noviembre de 2013 por falta de causa y subsidiariamente la acción de extinción del contrato de arrendamiento por desistimiento unilateral del arrendatario sin indemnización. Todo ello sin perjuicio de la complejidad de todas las vías analizadas.

Es todo cuanto informo.

No obstante usted decidirá.

En Madrid, a 15 de diciembre de 2015.

José María Ayala de la Torre.

Abogado (Colegiado ICAM 110.273).