

23 MAR. 2012

Procedimiento **Ordinario** 1681/2011

Contestación a la demanda reconvencional

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 88 DE MADRID

=====

D^a. MARÍA DEL CARMEN ORTÍZ CORNAGO, Procuradora de los Tribunales y de **MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE MADRID, S.A.** (en lo sucesivo, **MERCAMADRID**), tal como tengo acreditado en los autos del procedimiento al margen referenciado, con la asistencia de los Letrados ejercientes del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, D. Pedro Rubio Escobar, con número de colegiado 66.404, y D. Alejandro Rebollo Rico, con número de colegiado 46.144, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que, con fecha de 23 de febrero de 2012, ha sido notificado a esta representación Decreto dictado por ese Juzgado el día 20 de febrero anterior, en cuya virtud se confiere traslado a esta parte de la demanda reconvencional formulada por **MERCA OCIO 22 S.A.** (en lo sucesivo, **MERCAOCIO**) en sede de este procedimiento, a fin de que en el plazo de veinte (20) días conteste a la misma, por lo que, en virtud del presente escrito, en nombre y representación de **MERCAMADRID**, vengo a formular en tiempo y forma oportunos CONTESTACIÓN A LA DEMANDA RECONVENCIONAL, de conformidad con los artículos 406, siguientes, y concordantes, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC); y ello sobre la base de los siguientes:

HECHOS

PREVIO.- Disconformidad con los Hechos de la demanda reconvencional.

Esta parte manifiesta su disconformidad con los Hechos reflejados en la demanda reconvencional, por cuanto dichos Hechos no se ajustan a lo realmente acontecido.

En la demanda reconvencional MERCAOCIO pretende exculpar su acreditado incumplimiento contractual (falta de pago de los cánones superficiarios devengados) sobre cuya base se formula la demanda presentada por MERCAMADRID, mediante la imputación a mi representada de un supuesto incumplimiento contractual previo, consistente en que aquélla no ha podido desarrollar en la parcela que ocupa como superficiaria parte de la actividad contratada, debido a la calificación urbanística del suelo de dicha parcela.

Sin embargo, lo cierto es que, frente a lo indicado en la demanda reconvencional, la realidad de los hechos es bien distinta de la relatada por MERCAOCIO, ya que, como se detalla en el presente escrito:

- a) la superficiaria inicial (KONIN 22, S.A.) era perfecta conocedora de la calificación urbanística de la finca (como así reconoce, expresamente, en los contratos que suscribió con MERCAMADRID), que fue además la entidad que propuso libre y voluntariamente las obras de construcción de las instalaciones y la realización las actividades a

desarrollar en la parcela como contenido del derecho de superficie; y cuando MERCAOCIO adquiere, por cesión, la condición de superficiaria, se subroga en todos los derechos y obligaciones de la anterior superficiaria, y asume expresamente lo realizado por ésta.

- b) No es cierto que MERCAOCIO no pueda realizar en la finca las actividades comprometidas. De una parte, todas las obras existentes en la parcela (Hotel, por una parte; e instalaciones y Salas de Exposiciones, por otra parte) cuentan con el amparo legal otorgado por la licencia de obras núm. 714/2002/002188 solicitada, y obtenida, por la anterior superficiaria (KONIN 22 S.A.) de la que trae causa el derecho de MERCAOCIO; y de otra parte, las actividades que actualmente se llevan a cabo en toda la parcela son las que ha querido MERCAOCIO, por cuanto, están amparadas (tanto para la estricta actividad hotelera, por una parte; como la referente a servicios relacionados con la restauración en dotación cultural llevada a cabo en el resto de la parcela) por la preceptiva licencia de actividad núm. 714/2003/009570, actualmente vigente, que solicitó y tramitó la propia MERCAOCIO. Es decir, en la mencionada parcela MERCAOCIO esta desarrollando tanto la actividad hotelera a la que se refiere el primer derecho de superficie, como los servicios relacionados con la restauración a los que se refiere el segundo derecho de superficie, y todo ello amparado por licencia de actividad núm.

714/2003/009570 en vigor de la que es titular MERCAOCIO.

- c) MERCAMADRID en todo momento colaboró con la superficiaria inicial y con MERCAOCIO para que esta última pudiera desarrollar las actividades comprometidas por esta sociedad en la parcela, que eran, precisamente, las propuestas voluntaria y libremente por la superficiaria.
- d) Tal como se acredita debidamente, MERCAOCIO viene desarrollando, desde que adquirió por cesión los derechos y obligaciones en los dos (2) referidos derechos de superficie concedidos por MERCAMADRID, dentro de la parcela que ocupa como superficiaria, además de la explotación de un Hotel, las actividades que voluntariamente ofertó la superficiaria original KONIN 22, S.A., y que consisten en la explotación comercial de un Centro Cultural para la promoción y difusión de productos de restauración en la otra parte, utilizando, dentro de esta última y con dicho objeto, las Salas de Exposiciones construidas en las instalaciones, dentro del espacio que la propia superficiaria denomina "THE MARKET", en el que por supuesto se sirven a los clientes productos de restauración. En este sentido, y como acreditamos mediante la aportación de las mencionadas licencias de obras (núm. 714/2002/002188) y de actividad (núm. 714/2003/009570), que se adjuntan como DOCUMENTOS NUMS. 2 y 3, la descripción de los usos y actividades que pueden realizarse en los

Portales 1 y 2 de dichas parcelas según las referidas licencias, que se corresponden con la parte de la parcela no destinada a Hotel (qué es el Portal 3), es "Dotacional Cultural", y precisamente la actividad desarrollada por MERCAOCIO en dicha parte de la parcela es, como hemos expuesto y conforme a lo solicitado por la titular de dicha licencia, un Centro Cultural para la promoción y difusión de productos de restauración utilizando las Salas de Exposiciones construidas en las instalaciones que, por ello, está amparada en dichas autorizaciones administrativas. En particular, la meritada licencia de actividad concreta las actividades autorizadas para los Portales 1 y 2, cuando señala que "se destinará a Salas de Exposiciones de productos comercializados en MERCAMADRID".

- e) MERCAOCIO cuenta con las correspondientes licencias de obras (núm. 714/2002/002188) y de actividad (núm. 714/2003/009570), que abarcan tanto la actividad de Hotel, en una parte de la parcela; como los servicios relacionados con la restauración en dotación cultural desarrollados en el resto de la parcela que ocupa como superficiaria.
- f) Hasta la fecha, MERCAOCIO nunca ha cuestionado su obligación de pagar los cánones relativos a los dos (2) citados derechos de superficie (de una parte el Hotel, y de otra parte las instalaciones y Salas de Exposiciones para la prestación de

servicios y actividades relacionadas con la restauración), e incluso, cuando hace años dejó de abonarlos y MERCAMADRID se vio obligada a reclamárselos judicialmente, como ahora, ambas partes llegaron a un acuerdo, que determinó la terminación del procedimiento judicial en virtud de Auto de 12 de julio de 2006 dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 67 de Madrid (procedimiento ordinario 664/2006), mediante el cual dicho Juzgado declaró terminado el proceso por satisfacción extraprocesal, esto es, porque MERCAOCIO abonó a MERCAMADRID los cánones superficiarios impagados, reconociendo el derecho de MERCAMADRID a reclamar y cobrar dichos cánones que, por ello, MERCAOCIO no puso en cuestión en base a incumplimiento contractual alguno de MERCAMADRID.

Por todo ello, a continuación se indican los Hechos realmente acontecidos:

PRIMERO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconvencional) **Adjudicación de dos (2) derechos de superficie a favor de la empresa KONIN 22, S.A. Conocimiento por la adjudicataria de los usos permitidos por el planeamiento urbanístico.**

Tal y como se acredita en el escrito de demanda (documento núm. 3 de la demanda de MERCAMADRID) mi representada convocó dos (2) concursos para la adjudicación de dos (2) derechos de superficie sobre la parcela I-1

propiedad de MERCAMADRID, en los términos que se describen a continuación:

- un concurso tenía por objeto adjudicar el derecho de superficie sobre una parte de la referida parcela, para la construcción y explotación de un Hotel.
- El otro concurso tenía por objeto adjudicar un derecho de superficie sobre el resto de la referida parcela, 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".

Resulta necesario manifestar desde el primer momento que el segundo de los citados concursos, relativo a la parte de la parcela de MERCAMADRID no destinada a Hotel, quedaba sujeta a la libre voluntad del concursante/superficiario en cuanto al contenido de las construcciones y explotaciones a desarrollar en las mismas, siempre que se tratasen de prestaciones de servicios y actividades relacionadas con la restauración, por lo que MERCAMADRID ni impuso el contenido de dichas explotaciones -que lo determinó libremente el superficiario-, y ni siquiera estableció como contenido de dicho derecho de superficie la explotación de una concreta actividad de restauración, sino que permitiendo MERCAMADRID la generalidad que conlleva el ámbito de los servicios "relacionados" con la restauración, justifica que bien pueda desarrollarse, como así ha sido, un complejo temático

o un centro cultural gastronómico dentro del que, utilizando las Salas de Exposiciones, se degustasen diferentes productos de restauración en un espacio lúdico, tal como estableció expresa y literalmente la oferta del superficiario original KONIN 22, S.A. (en lo sucesivo, KONIN), en la que se sucedió, por cesión, MERCAOCIO.

La empresa KONIN, tal y como consta en el documento núm. 3 de la demanda de MERCAMADRID, resultó adjudicataria de ambos derechos de superficie, y a tal efecto, el 23 de octubre de 2001, suscribió sendos contratos de adjudicación definitiva del concurso, y por tanto de sendos derechos de superficie sobre la indicada parcela.

En el expositivo II de cada uno de los dos (2) contratos anteriormente indicados, expresamente se indica lo siguiente:

"Que la Unidad Alimentaria se encuentra CONVENIENTEMENTE CALIFICADA por el vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (Área de Planeamiento Diferenciado de Mercamadrid. A.P.I. 18/04), donde figuran detalladamente las condiciones urbanísticas del mismo, así como usos del suelo, DECLARANDO AMBOS CONOCER DICHA NORMATIVA".

En concreto, por lo que se refiere al segundo de estos derechos de superficie, la empresa KONIN, siendo perfecta concedora del uso del suelo permitido por el planeamiento urbanístico, como reconoció expresamente en los contratos de adjudicación suscritos el 23 de octubre de 2001, ofertó lo que denominó:

"UN COMPLEJO TEMÁTICO GASTRONÓMICO, como el lugar donde encuentran los productos su espacio para presentarse en sociedad, para ello, se llevará a cabo un amplio calendario de degustaciones, que si bien, por un lado servirá para acercar al consumidor nuevas formas para la degustación de los productos; por otro, favorecerá la consecución, en la oferta madrileña, de un espacio lúdico, novedoso y atractivo".

En conclusión, en el segundo de los referidos concursos relativo a la parte de la parcela de MERCAMADRID no destinada a Hotel, la superficiaria original KONIN ofertó y desarrolló las actividades y servicios que libremente decidió, consistentes en la construcción y explotación de un "Complejo Temático Gastronómico" dentro del que, utilizando sus Salas de Exposiciones, se servirían para su degustación productos de restauración dentro de un espacio lúdico y que, como expresamente reconoció, constituían actividades que estaban permitidas por la calificación urbanística de la parcela, con sus condiciones urbanísticas y usos del suelo, que expresamente declaró conocer y aceptó, y en las que se subrogó, por cesión, sin ningún tipo de objeción o consideración, la actual superficiaria MERCAOCIO.

SEGUNDO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconvencional) Cesión de los dos (2) derechos de superficie a favor de MERCAOCIO, sociedad participada por KONIN.

Mediante escrito de 10 de abril de 2003, KONIN comunicó a MERCAMADRID su intención de ceder los derechos de superficie objeto de los anteriormente indicados

contratos, a favor de la empresa MERCAOCIO, constituida el 27 de noviembre de 2001 bajo la forma de sociedad limitada, siendo uno de sus socios fundadores la propia KONIN.

Se adjunta como DOCUMENTO NÚM.1, copia de la comunicación referida de 10 de abril de 2003.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, MERCAOCIO adquirió el 9 de mayo de 2003, por cesión de KONIN, los dos (2) derechos de superficie adjudicados, declarando expresamente conocer todos sus términos, tal y como consta en el Otorgan Primero de la escritura publica de concesión de derecho de superficie (Documento núm. 3 de la demanda de MERCAMADRID), que textualmente dice lo siguiente:

"declarando esta última sociedad (MERCAOCIO) conocer todos sus términos (de los dos contratos anteriormente indicados suscritos entre MERCAMADRID y KONIN) y subrogándose en la posición de KONIN, S.A. respecto de todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de los mismos".

La estrecha relación existente entre KONIN y MERCAOCIO se pone de manifiesto incluso, como luego se verá, en el hecho de que a pesar de haber cedido KONIN los dos (2) derechos de superficie a MERCAOCIO, aquella ha realizado, por cuenta de MERCAOCIO, gestiones ante el Excmo. Ayuntamiento de Madrid en relación con la licencia de actividad.

Resulta acreditado, por todo lo expuesto, que MERCAOCIO conocía perfectamente los términos de los contratos suscritos entre KONIN y MERCAMADRID, y los usos y

características de la parcela sobre la que se constituyeron los dos (2) derechos de superficie.

TERCERO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconvencional) **Construcción y explotación del Hotel y el Complejo Temático Gastronómico ofertado por KONIN.**

Como se ha indicado anteriormente, KONIN, que conocía perfectamente los usos y características de la finca (tal y como se indica, expresamente, en el expositivo II de los contratos sucritos el 23 de octubre de 2001), oferto la construcción y explotación de un Hotel y un Complejo Temático Gastronómico dentro del que, utilizando sus Salas de Exposiciones, se servirían para su degustación productos de restauración dentro de un espacio lúdico; tal como señala literalmente su oferta.

El conjunto de edificaciones que se llevaron a término finalmente por parte de KONIN en la finca, estaba formado por el Hotel y dos (2) Salas de Exposiciones, esto es, lo que en tanto en la licencia de obras (núm. 714/2002/002188) y en la licencia de actividad (núm. 714/2003/009570) otorgadas, que se adjuntan como **DOCUMENTOS NUMS. 2 y 3**, se denomina como Portal 1, Portal 2, y Portal 3, en los siguientes términos:

- Portal 1.- c/Eje, 2-7A, nº 7: de una sola planta, destinado a Sala de Exposiciones de dotación cultural.

- Portal 2.- c/Eje, 3-13A, n° 1: de una sola planta, destinado a Sala de Exposiciones de dotación cultural.
- Portal 3.- c/Eje, 2-7A, n° 15: de siete plantas, destinado a Hotel con 4.468,39 m2.

Para acometer la realización de estas edificaciones, las empresas KONIN y MERCAOCIO solicitaron, y obtuvieron, las licencias que se describen a continuación:

- El 11 de junio de 2003, la empresa KONIN obtuvo la licencia de obras núm. 714/2002/002188, para la construcción del Hotel (Portal 3) y para la construcción de las dos (2) Salas de Exposiciones anteriormente indicadas (Portal 1 y Portal 2).
- El 24 de junio de 2004, la empresa MERCAOCIO obtuvo la licencia núm. 714/2003/009570 tanto para la actividad hotelera, como para la realización de los servicios en las instalaciones para Salas de Exposiciones.

Se adjunta como DOCUMENTO NUM. 2 copia de la antedicha licencia de obras en la que aparece como titular KONIN.

Se adjunta como DOCUMENTO NUM. 3 copia de la referida licencia de actividades, tanto del Hotel como de las dos Salas de exposiciones, en la que aparece como titular MERCAOCIO.

Posteriormente, el 25 de junio de 2004 (cuando ya se habían cedido los dos (2) derechos de superficie a

MERCAOCIO), la empresa KONIN, evidentemente con la aquiescencia de MERCAOCIO, solicitó a la Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid un cambio de uso para uno de los Portales inicialmente destinado a Sala de Exposiciones, a fin de cambiar su uso y destinarlo a una actividad *educacional de formación y enseñanza para la alta cocina*, que viene a ser la implantación de una escuela de cocineros, lo cual, en principio, evidenciaría una clara contradicción con la postura mantenida por MERCAOCIO al plantear la demanda reconvencional. Parecería, según esta consulta, que lo que realmente pretendería ahora MERCAOCIO es explotar una escuela de cocineros en la parcela, y no la actividad que pone de manifiesto en su demanda reconvencional.

La Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid tramitó dicha solicitud, y emitió un Informe de fecha 2 de julio de 2004, en el que indicó a KONIN que, con carácter previo a dicho cambio, era preciso que la Comisión de Seguimiento del Plan General se pronunciase sobre la viabilidad para la implantación de dicha actividad.

Con posterioridad a dicho Informe no consta que KONIN ni MERCAOCIO hayan realizado gestión alguna ni ante Gerencia de Urbanismo ni ante la Sección de licencias del Ayuntamiento encaminadas a conseguir el referido pronunciamiento de la Comisión de Seguimiento del Plan General para que exploten en uno de los Portales de la parcela dicha actividad *educacional de formación y enseñanza para la alta cocina*, y sí consta que MERCAOCIO ha estado y esta explotando tanto el Hotel, como el resto de

la parcela en base a licencias de obra y actividad solicitadas y concedidas por la Administración.

Se adjunta, como DOCUMENTO NÚM. 4, copia de la referida solicitud y del Informe emitido por la Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid.

En definitiva, KONIN originariamente y, con posterioridad y en virtud de cesión, MERCAOCIO han desarrollado en la parte de la parcela relativa al segundo de los derechos de superficie las actividades relacionadas con la restauración que voluntariamente han querido, sin imposición alguna de MERCAMADRID, que además ha colaborado en todo momento en la tramitación de los expedientes administrativos promovidos por KONIN para desarrollar los servicios pretendidos.

Debemos volver a manifestar, como se acredita en el texto de las mencionadas licencias de obras (núm. 714/2002/002188) y de actividad (núm. 714/2003/009570), que se adjuntan como DOCUMENTOS NUMS. 2 y 3, que la descripción de los usos y actividades que pueden realizarse en los Portales 1 y 2 de dichas parcelas según las referidas licencias, que se corresponden con la parte de la parcela no destinada a Hotel (qué es el Portal 3), es "Dotacional Cultural", y precisamente la actividad desarrollada por MERCAOCIO en dicha parte de la parcela es, como hemos expuesto y conforme a lo solicitado por la titular de dicha licencia, un Centro Cultural para la promoción y difusión de productos de restauración utilizando las Salas de Exposiciones construidas en las instalaciones que, por ello, está amparada en dichas autorizaciones

administrativas. En particular, la meritada licencia de actividad concreta las actividades autorizadas para los Portales 1 y 2, cuando señala que "*se destinará a Salas de Exposiciones de productos comercializados en MERCAMADRID*".

CUARTO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconvencional) **MERCAOCIO actualmente explota en la parcela sobre la que se constituyeron los dos (2) derechos de superficie, tanto el Hotel, en una parte de dicha parcela, como actividades para la promoción y difusión de productos de restauración, en la otra parte, utilizando, dentro de esta última y con dicho objeto, sus Salas de Exposiciones, denominando a este segundo espacio de la misma parcela como "THE MARKET".**

Como se ha indicado anteriormente, MERCAOCIO es titular de dos (2) derechos de superficie sobre la finca propiedad de MERCAMADRID indicada en el Hecho Primero:

- a) En virtud del primer derecho de superficie, MERCAOCIO explota actualmente, un Hotel. Este es un hecho admitido de contrario y no objeto de controversia alguna.
- b) En virtud del segundo derecho de superficie, MERCAOCIO explota actualmente, en el resto de la parcela, actividades para la promoción y difusión de productos de restauración en la otra parte, utilizando, dentro de esta última y con dicho objeto, sus Salas de Exposiciones.

Aún cuando en la demanda reconvencional se indica que MERCAOCIO no ha podido explotar nada más que el Hotel, lo cierto es que MERCAOCIO, además de explotar el Hotel, explota comercialmente en el resto de la parcela el segundo de los derechos de superficie cedidos por KONIN, mediante la realización de las actividades para la promoción y difusión de productos de restauración, utilizando, dentro de esta última y con dicho objeto, sus Salas de Exposiciones, llegando a denominar a este segundo espacio de la misma parcela como "THE MARKET", donde dicha sociedad ha venido y viene organizando exposiciones, eventos y demás actividades comerciales, en las que, por supuesto, se sirven a los clientes productos de restauración. Y todo ello amparado por las meritadas licencias de obras y actividad vigentes solicitadas por las entidades superficiarias.

A fin de acreditar que MERCAOCIO ha explotado y explota en el resto de la parcela el segundo de los derechos de superficie cedidos por KONIN, mediante la realización de las actividades para la promoción y difusión de productos de restauración, utilizando, dentro de esta última y con dicho objeto, sus Salas de Exposiciones, bajo la denominación de "THE MARKET", se adjunta al presente escrito los siguientes documentos:

- a) Carta de fecha 9 de enero de 2008, que se adjunta como **DOCUMENTO NÚM. 5**, remitida por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D^a Rocío López Diego (de MERCAMADRID), en la que comunica que MERCAOCIO llevará a cabo unas mejoras en la citada Sala de Exposiciones para hacer estos espacios "mas

funcionales y amables a sus usuarios y visitantes". Debemos recordar que la mencionada Sala de Exposiciones se utiliza por MERCAOCIO y forma parte de la parcela, no utilizada como Hotel, que se destina a la explotación comercial de las actividades del Centro Cultural para la promoción y difusión de productos de restauración, bajo la denominación de "THE MARKET", y en la que, faltando gravemente a la verdad, afirma MERCAOCIO que no ha podido llevar a cabo actividad comercial.

b) Correo electrónico de fecha 10 de abril de 2008, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 6, remitida por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D^a M^a Dolores Román Gallego (de MERCAMADRID) en la solicita información sobre visitantes del polígono de MERCAMADRID para facilitar la misma a los clientes interesados en contratar eventos en las Salas de Exposiciones que forman parte de la parte de la parcela, no utilizada como Hotel, que se destina a la explotación comercial de las actividades del Centro Cultural para la promoción y difusión de productos de restauración, bajo la denominación de "THE MARKET".

c) Correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2008, que se adjunta como DOCUMENTO NUM. 7, remitida por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D^a M^a Dolores Román Gallego (de MERCAMADRID), como continuación del correo anterior, en el que se agradece la información facilitada por MERCAMADRID.

- d) Correo electrónico de fecha 4 de julio de 2008, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 8, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D. Luís Blázquez (de MERCAMADRID), que se refiere a la presentación ante posibles proveedores y clientes del Área de Exposiciones, esto es, del referido espacio "THE MARKET", no destinado a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.
- e) Correo electrónico de fecha 26 de octubre de 2008, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 9, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D. Luís Blázquez Torres (de MERCAMADRID), que se refiere a la celebración de un evento realizado en el periodo navideño en las referidas instalaciones "THE MARKET" no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.
- f) Carta de fecha 17 de noviembre de 2008, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 10, remitida por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) al Presidente de MERCAMADRID, en la que se detallan *"las propuestas de calendario de contenidos para THE MARKET- Centro de Exposiciones de Mercamadrid durante el ejercicio 2009"*.
- g) Correo electrónico de fecha 16 de septiembre de 2009, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 11, remitido por D^a María Dolores Román Gallego (de

MERCAMADRID) a D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO), en el que MERCAMADRID informa de acciones acometidas para apoyar y difundir las actividades organizadas por MERCAOCIO en las referidas instalaciones "THE MARKET" no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.

h) Correo electrónico de fecha 4 de diciembre de 2009, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 12, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D^a María Dolores Román Gallego (de MERCAMADRID), en el que informa del evento EXPOGARDEN que tendría lugar el 12 y 13 de diciembre en las referidas instalaciones "THE MARKET" no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.

i) Diversos correos electrónicos de fecha 4, 10 y 16 de diciembre de 2009, que se adjuntan como DOCUMENTOS NÚMS. 13, 14 y 15, remitidos por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D^a María Dolores Román Gallego (de MERCAMADRID), en los que se informa del evento que llevara a cabo el 18 y 19 de diciembre de 2009, por la Asociación Nacional de Partos múltiples, en las referidas instalaciones "THE MARKET" no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.

- j) Correo electrónico de fecha 7 de enero de 2010, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 16, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D. Fernando Gomar Sánchez (de MERCAMADRID), en el que informa del evento que llevara a cabo, en marzo de 2010, por la Asociación Mayorista de Pescados de Madrid, en las referidas instalaciones "THE MARKET" no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.
- k) Correo electrónico de fecha 7 de enero de 2010, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 17, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D. Fernando Gomar Sánchez (de MERCAMADRID), en el que informa del evento que llevara a cabo en 2010, denominado "*Salón de los productos lácteos*", en las referidas instalaciones "THE MARKET" no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.
- l) Correo electrónico de fecha 5 de enero de 2011, que se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 18, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D^a María Dolores Román Gallego y a D. Ramón Inarejos (de MERCAMADRID), en el que informa del evento que llevara a cabo el 14 de enero de 2011, consistente en una cena de gala en las referidas instalaciones "THE MARKET", no destinadas a Hotel, cuya explotación comercial dice MERCAOCIO, faltando

gravemente a la verdad, que no ha podido llevar a cabo.

QUINTO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconvencional) **MERCAOCIO nunca denunció que no pudiera explotar parte de la finca de la que es superficiaria. Asimismo, MERCAOCIO nunca discutió la obligación de pago de los cánones que le correspondía abonar como superficiaria.**

Como se ha indicado anteriormente, desde el 9 de mayo de 2003, MERCAOCIO adquirió, por cesión de KONIN, los dos (2) derechos de superficie sobre la finca propiedad de MERCAMADRID, de los que era titular KONIN.

Como también se ha indicado anteriormente, MERCAOCIO, al adquirir dichos derechos de superficie, declaró expresamente conocer todos los términos de los contratos de adjudicación de los dos (2) derechos de superficie de los que era titular KONIN, subrogándose en la posición de esta compañía en dichos contratos. Incluso, en el Otorgan Sexto de la escritura pública de concesión de derecho de superficie, MERCAOCIO expresamente declaró *"plenamente vigentes, ratificando y aceptando, la totalidad de los derechos y obligaciones contenidos en los contratos elevados a público"*.

Asimismo, la estipulación octava de ambos contratos, y la Base 6ª del Concurso, determinan que serán por cuenta del superficiario la obtención y pago de las licencias, y

de los permisos que lleve consigo la construcción y explotación de las instalaciones.

En consecuencia, MERCAOCIO asumió todas las actuaciones llevadas a cabo por KONIN hasta el momento de la cesión (9 de mayo de 2003), sin poner reparo u objeción alguna a lo realizado hasta dicha fecha.

Como también se expone en este escrito, desde que MERCAOCIO se convirtió en superficiaria encomendó a KONIN gestiones relativas a la licencia de actividad, como lo acredita el hecho de que fuera KONIN la entidad que formuló la consulta en relación con dicha licencia, que consta en el **DOCUMENTO NUM. 4** del presente escrito.

Ni KONIN, durante el periodo que ostento la titularidad de los dos derechos de superficie, ni MERCAOCIO, desde que el 9 de mayo de 2003 adquirió por cesión dichos derechos de superficie, manifestaron a MERCAMADRID que no pudieran explotar parte de la finca por impedirlo la calificación urbanística del suelo, o el incumplimiento de obligación contractual alguna.

Como puede apreciarse por la documentación aportada, KONIN y MERCAOCIO forman parte del mismo grupo empresarial (denominado Grupo Veintidós), por lo que cuando KONIN en los contratos suscritos expresamente declaró conocer la situación urbanística, y del suelo, de la finca sobre la que se constituyeron los dos (2) derechos de superficie, es evidente que dicho conocimiento también lo adquirió MERCAOCIO antes de convertirse en superficiaria por cesión de ambos derechos por parte de KONIN. Además, y como hemos

expuesto, MERCAOCIO encomendó a KONIN gestiones en relación con la licencia de actividad.

En consecuencia, ni KONIN ni MERCAOCIO, en los más de diez (10) años transcurridos desde que se suscribieron los contratos de adjudicación definitiva de los derechos de superficie, han denunciado que no pudiera explotar parte de la parcela de la que eran superficiarias.

Asimismo, en estos más de diez (10) años, nunca discutieron KONIN ni MERCAOCIO la obligación de pago de los cánones que les correspondía abonar como superficiarias y, como se detalla en el Hecho siguiente, incluso cuando MERCAMADRID ha tenido que reclamar judicialmente el pago de dichos cánones superficiarios, MERCAOCIO los ha abonado sin discutir su obligación de pago, ni alegar que no pudiera explotar parte de la parcela de la que era superficiaria.

SEXTO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconvencional) **Existencia de precedentes en los que MERCAOCIO ha reconocido, y aceptado, incluso judicialmente, su obligación de pagar los cánones superficiarios.**

Esta no es la primera vez que mi representada MERCAMADRID se ve en la necesidad de acudir a la vía judicial para reclamar a MERCAOCIO el pago de cánones superficiarios impagados.

Así, debido a que MERCAOCIO impagó los cánones superficiarios de ambos derechos de superficie

correspondientes al periodo de septiembre de 2004 a septiembre de 2005, mi mandante se vio obligada a reclamar judicialmente dicho pago, presentando al efecto la correspondiente demanda judicial en la que reclamó 159.356,13 euros en concepto de cánones superficiarios impagados. Dicho procedimiento judicial se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia N° 67 de Madrid (Procedimiento ordinario 664/2006), y finalizó por acuerdo extrajudicial suscrito por ambas partes el 21 de junio de 2006. Dicho acuerdo extrajudicial conllevó que MERCAOCIO abonase a MERCAMADRID el importe reclamado judicialmente en concepto de cánones impagados, y dio lugar al Auto de 12 de julio de 2006 dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 67 de Madrid (declarado firme mediante Diligencia de Ordenación de 9 de octubre de 2006), en el que acuerda:

"dar por terminado el procedimiento seguido a instancia de MERCAMADRID S.A. contra MERCA OCIO HOTELES 22 S.L. por satisfacción extraprocesal".

Debe hacerse notar que en el referido procedimiento judicial MERCAOCIO en ningún momento hizo manifestación alguna indicando que existiera algún problema para desarrollar la actividad comprometida en la finca que ocupaba, desde hacía años, como titular de dos derechos de superficie, ni formuló excepción alguna al pago de los referidos cánones superficiarios reclamados por incumplimiento de obligación contractual alguna por parte de MERCAMADRID, o en relación con la calificación urbanística de la parcela.

Se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 19, acuerdo transaccional de 21 de junio de 2006; como DOCUMENTO NÚM. 20 el mencionado Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 67 de Madrid, el 12 de julio de 2006; y como DOCUMENTO NÚM. 21 Diligencia de Ordenación del citado Juzgado, de fecha 9 de octubre de 2006, por la que se declara la firmeza del Auto de 12 de julio de 2006.

Por otra parte, hubo una segunda vez en la que MERCAOCIO impago cánones superficiarios. En esa ocasión se llegó a un acuerdo entre las partes para el abono de los cánones superficiarios impagados hasta el 31 de diciembre de 2009, consistente en la emisión de cuatro (4) pagares por importe, cada uno, de 28.016,66 euros, y vencimiento: el primero, el 15 de abril de 2010; el segundo, el 30 de abril de 2010; el tercero, el 15 de mayo de 2010; y el último el 30 de mayo de 2010.

Posteriormente, MERCAOCIO solicitó renovar dichos pagares, y se emitieron en su lugar cuatro nuevos pagares, por importe, cada uno, de 28.016,66 euros, y vencimiento: el primero, el 15 de junio de 2010; el segundo, el 30 de junio de 2010; el tercero, el 15 de julio de 2010; y el último el 30 de julio de 2010.

Se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 22 correo electrónico de fecha 14 de abril de 2010, remitido por D^a Carola López Martí (de MERCAOCIO) a D. Fernando Gomar Sánchez (de MERCAMADRID), en el que solicita la renovación de los pagares; y como DOCUMENTO NÚM. 23 escrito de 6 de mayo de 2010, suscrito por MERCAOCIO y MERCAMADRID, en el que constan los cuatro (4) pagarés renovados.

Finalmente, MERCAOCIO solicitó nuevamente renovar dichos pagares, y se emitieron en su lugar cuatro (4) nuevos pagares, por importe, cada uno de 28.016,66 euros, y vencimiento: el primero, el 7 de junio de 2011 (que fue abonado); el segundo pagaré reseñado, con núm. 1.897.482, con vencimiento el 1 de diciembre de 2011, y expedido el 1 de diciembre de 2010 contra la cuenta que mantiene MERCAOCIO en la entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. (núm. de cuenta 00491809262110317949), que no fue abonado, y que ha dado lugar al juicio cambiario 1752/2011, actualmente tramitado por el Juzgado de Primera Instancia N° 51 de Madrid; el tercero, el 7 de junio de 2012; y el último el 7 de diciembre de 2012.

Se adjunta como DOCUMENTO NÚM. 24 escrito de 10 de diciembre de 2010, suscrito por MERCAOCIO y MERCAMADRID, en el que constan los cuatro (4) pagares renovados.

Como en el caso anterior, debe hacerse notar que en ningún momento, durante la negociación del pago de los cánones impagados y la emisión y renovación de pagares, MERCAOCIO hizo manifestación alguna indicando que existiera algún problema para desarrollar la actividad comprometida en la finca que ocupaba, desde hacía años, como titular de dos (2) derechos de superficie.

SÉPTIMO.- (Correlativos Hechos Primero a Cuarto de la demanda reconventional) IVA aplicable al canon superficiario reclamado.

1.- Repercusión a MERCAOCIO del incremento del tipo impositivo del IVA:

A fin de aclarar algunas confusiones en las que incurre MERCAOCIO en su demanda reconvencional, conviene precisar que la estipulación tercera de los referidos contratos de 23 de octubre de 2001 (que se incorporan en el documento núm. 3 de la demanda de MERCAMADRID) hace referencia a una cuantía determinada en concepto de canon anual superficiario, "IVA incluido", en los términos que describimos a continuación:

- a) En el caso del derecho de superficie para la construcción y explotación del Hotel de 97.604,37 euros (IVA incluido), a pagar en mensualidades adelantadas a razón de 8.133,70 euros mensuales (IVA incluido). Dicha cantidad debe ser actualizada anualmente conforme a las variaciones del IPC, tal y como establece la estipulación cuarta del referido contrato.
- b) En el caso del derecho de superficie para la construcción y explotación de las instalaciones (que libremente establezcan los concursantes) para la prestación de servicios o actividades relacionadas con la restauración, de 41.830,44 euros (IVA incluido), a pagar en mensualidades adelantadas a razón de 3.485,87 euros mensuales (IVA incluido). Dicha cantidad debe ser actualizada anualmente conforme a las variaciones del IPC, tal y como establece la estipulación cuarta del referido contrato.

MERCAMADRID, a la hora de calcular el canon mensual, lo que ha hecho desde el inicio de cada uno de los dos (2) contratos es desglosar la cantidad indicada diferenciando, de una parte, lo que corresponde a canon mensual, y de otra parte, lo que correspondía al IVA. Y ha aplicado siempre, como es su obligación, el IVA que legalmente estaba vigente en el momento del devengo.

Todo ello, conforme determina el artículo 88.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que señala que:

"2. La repercusión del Impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento sustitutivo, en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente. A estos efectos, la cuota repercutida se consignará separadamente de la base imponible, incluso en el caso de precios fijados administrativamente, indicando el tipo impositivo aplicado."

Por eso, cuando el IVA aplicable, por disposición legal, paso del 16% al 18%, MERCAMADRID remitió a MERCAOCIO facturas mediante las que se ajustaba al IVA al legalmente aplicable en el momento del devengo.

La obligación por parte de MERCAOCIO de abonar el incremento legal del tipo impositivo del IVA, se apoya y fundamenta en los siguientes argumentos:

a) Conforme establece el artículo 17.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

"Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas".

Por otra parte, conforme establece la legislación vigente, el obligado a pagar el IVA, debe hacerlo al tipo impositivo vigente en el momento del devengo.

Así, el artículo 90.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, señala que:

"El tipo impositivo aplicable a cada operación será el vigente en el momento del devengo".

En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001/243452), que establece claramente el alcance que ha de darse a la expresión "IVA incluido" referida al precio de un contrato, señalando que en estos casos la alusión al impuesto se recoge de forma genérica en el contrato y, en consecuencia, habrá de ser abonado de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación. Así, dispone la citada Sentencia que:

*"Pues bien, en el presente caso el recurso interpuesto no puede prosperar y ello toda vez que, en primer lugar, el contrato suscrito entre el Ayuntamiento de Lugo y Agroman, Empresa Constructora S. A. obrante en el expediente administrativo, establece en su cláusula 2ª que **"El precio del contrato es de 190.482.171 ptas, IVA incluido,** de las cuales, 31.448.606 ptas,*

los que resultó adjudicataria la empresa KONIN (que luego cedió su derecho a MERCAOCIO).

En la normativa reguladora de los referidos concursos (que forma parte de la escritura de concesión de los referidos derechos de superficie - documento núm. 3 del escrito de demanda de MERCAMADRID) claramente se señalaba (modelo de oferta) que las ofertas presentadas por los candidatos deberían indicar un canon anual "mas IVA". Es decir, se esta indicando claramente que el adjudicatario deberá abonar el canon, más el IVA, y es evidente que si por mandato legal se incrementa el tipo impositivo del IVA, habrá de modificarse la factura a fin de que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 90.2 de la Ley 37/1992, de forma que (citando la antedicha Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001/243452) el tipo impositivo aplicable a cada operación sea el vigente en el momento del devengo.

2.- Modificación de la base imponible del IVA, por determinación de la legislación vigente.

Después de haber interpuesto la demanda reclamando a MERCAOCIO los cánones impagados, MERCAMADRID en aplicación de lo dispuesto en el artículo 80.Cuatro de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ha comunicado a la Administración Tributaria la rectificación de las bases imponibles de algunas de las facturas

emitidas, impagadas por MERCAOCIO, objeto del presente pleito.

Esto lo ha hecho MERCAMADRID, por cuanto el crédito de dichas facturas comunicadas, una vez presentada y admitida la demanda judicial reclamando su pago, conforme a la legislación vigente aplicable, pasan a tener fiscalmente la consideración de créditos total o parcialmente incobrables, con las consecuencias que de ello se derivan conforme establece la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

A estos efectos fiscales, el indicado artículo 80.Cuatro.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece que a efectos fiscales un crédito se considera total o parcialmente incobrable cuando reúne la siguiente condición:

"4.- Que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial al deudor o por medio de requerimiento notarial al mismo, incluso cuando se trate de créditos afianzados por Entes públicos".

Por otra parte, en los dos últimos párrafos del referido artículo 80.Cuatro, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se establecen las consecuencias de haber practicado la indicada reducción de la base imponible:

"Una vez practicada la reducción de la base imponible, ésta no se volverá a modificar al alza aunque el sujeto pasivo obtuviese el cobro total o parcial de la contraprestación, salvo cuando el destinatario no actúe en la condición de empresario o profesional. En

este caso, se entenderá que el Impuesto sobre el Valor Añadido está incluido en las cantidades percibidas y en la misma proporción que la parte de contraprestación percibida.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, **cuando el sujeto pasivo desista de la reclamación judicial al deudor o llegue a un acuerdo de cobro con el mismo con posterioridad al requerimiento notarial efectuado, como consecuencia de éste o por cualquier otra causa, deberá modificar nuevamente la base imponible al alza mediante la expedición, en el plazo de un mes a contar desde el desistimiento o desde el acuerdo de cobro, respectivamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente**".

Por su parte, el artículo 24.1 del Real Decreto 1624/1992, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el IVA, establece que:

"En los casos a que se refiere el artículo 80 de la Ley del Impuesto, el sujeto pasivo estará obligado a expedir y remitir al destinatario de las operaciones una nueva factura o documento sustitutivo en la que se rectifique o, en su caso, se anule la cuota repercutida, en la forma prevista en el artículo 13 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre.

La disminución de la base imponible o, en su caso, el aumento de las cuotas que deba deducir el destinatario de la operación estarán condicionadas a la expedición y remisión del documento que rectifique al anteriormente expedido".

Asimismo, la Dirección General de Tributos en la Resolución (Consulta vinculante) núm. 1966/2006, de 2 de octubre (JT 2007/113) indica que la aplicación de este

procedimiento de rectificación de las bases imponibles de algunas de las facturas emitidas:

"supone la imposibilidad de quien ha modificado la base imponible por esta causa de percibir el importe correspondiente al Impuesto. Así se deduce de la obligación que establece el precepto reglamentario que se ha reproducido de expedir una factura rectificativa y enviarla al destinatario".

A fin de acreditar cuanto se ha expresado, se adjunta, como **DOCUMENTO NÚM. 25**, copia de las dos comunicaciones enviadas por MERCAMADRID a la Administración Tributaria, el 30 de enero de 2012 y el 16 de marzo de 2012, indicando en cada una de ellas que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 80.cuatro.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, MERCAMADRID ha procedido a la rectificación de las bases imponibles de algunas de las facturas emitidas, impagadas por MERCAOCIO (las que se mencionan en cada comunicación), **al considerarse conforme al artículo 80.Cuatro.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que tras su reclamación judicial, el crédito que representan tiene fiscalmente la condición de parcial o totalmente incobrable**, habiendo cumplido MERCAMADRID todos los requisitos exigibles para proceder a dicha rectificación de bases imponibles; requisitos, entre los que está, el haber remitido a MERCAOCIO las facturas rectificadas.

OCTAVO.- (Correlativo Hecho Quinto de la demanda reconvencional) **Inexistencia de los daños y perjuicios alegados por MERCAOCIO.**

MERCAOCIO, en su demanda reconvencional, cuantifica los daños y perjuicios "supuestamente" ocasionados en 8.004.535,12 euros, y a tal efecto aporta una serie de documentos (del núm. 6 al núm. 144).

Sin embargo, frente a esta reclamación debe indicarse, además de su absoluta falta de fundamentación por no haber incumplimiento contractual alguno por parte de MERCAMADRID ni, por ende, causa de resolución contractual, que la justificación documental de los "supuestos" daños y perjuicios ocasionados carece del mínimo rigor exigible para ser tenida en cuenta, y ello por las siguientes razones:

- a) En primer lugar indicar que en modo alguno es admisible la imputación costes que hace MERCAOCIO, para la parte de la finca que no es Hotel, en base a un porcentaje respecto del total de la finca. La parte demandante reconvencional mezcla los gastos realizados en la parte de la finca no destinada a Hotel, con los relativos a la construcción y explotación del resto de la finca, y hay gastos que, como indicamos a continuación, sólo son propios del Hotel.
- b) Se mencionan como daños y perjuicios los gastos del concurso (2.065,63 euros) pagados por un tercero (KONIN), y no por MERCAOCIO, por lo que no puede

imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional.

c) Se alegan como daños y perjuicios las obras de construcción llevadas a cabo en toda la parcela, y a tal efecto se aporta como documento núm. 6 una certificación de los arquitectos y directores de dicha obra. Lo que no se justifica, en modo alguno, es que MERCAOCIO haya pagado las cantidades que se indican (5.504.910.22 euros), por lo que no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional, ni se aporta documentación alguna que soporte el desglose de dicha cantidad. Este hecho llama la atención por cuanto, como hemos indicado anteriormente, la entidad que aparece como titular de la licencia de obras es KONIN, y no MERCAOCIO. En todo caso, como se ha indicado, no se aporta ni un solo justificante de pago, ni desglose justificado documentalmente de las obras llevadas a cabo en la parte de la parcela destinada a Hotel, respecto de la parte de la parcela destinada a actividades para la promoción y difusión de productos de restauración y a sus Salas de Exposiciones.

d) Se alegan como daños y perjuicios los honorarios abonados a arquitectos, cuantificándolos en 90.920,76 euros, y a tal efecto se aporta el documento núm. 7. No obstante, llama la atención que una vez más se alegue un perjuicio sin justificar haber efectuado el pago reclamado, y ello porque seguramente no interese a MERCAOCIO,

perjuicios la devolución de 59.476,37 euros que dice haber abonado a dicha empresa en base a los documentos núms. 10, 11, 12 y 13. Estos documentos, de una parte, no justifican que realmente se haya efectuado pago alguno por parte de MERCAOCIO a dicha empresa; y de otra parte, el presupuesto de dicha obra que consta en el Documento núm. 10 va dirigido a la empresa KONIN y no a MERCAOCIO, por lo que, en consecuencia, no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional.

h) En cuanto a los derechos de acometida eléctrica (UNIÓN FENOSA), cuyo pago intenta justificar MERCAOCIO en base a los documentos núms. 14, 15 y 16, y de los que se reclama el importe de 11.984,73 euros, debe indicarse que dichos documentos en modo alguno acreditan haber efectuado pago alguno, por lo que, en consecuencia, no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional.

i) Respecto a los daños y perjuicios reclamados (37.281,85 euros) en base a haber abonado MERCAOCIO a la empresa INECO, S.L. los honorarios de proyectos de instalación de la red de distribución del gas, los documentos aportados como núms. 17, 18, 19 y 20 en modo alguno acreditan que MERCAOCIO haya efectuado pago alguno por tal concepto, por lo que, en consecuencia, no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional.

j) En cuanto a los daños y perjuicios alegados derivados de haber abonado MERCAOCIO los honorarios al aparejador por trabajos de seguimiento y control

de la ejecución de las obras (documentos núms. 21 a 28), debe indicarse que la documentación aportada en modo alguno acredita que realmente se hayan pagado dichos honorarios, pues se aportan copia de unos pagares que se desconoce si efectivamente llegaron a ser cobrados, por lo que, en consecuencia, no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional.

k) Respecto a los daños y perjuicios derivados de haber abonado MERCAOCIO las licencias, y que se cifra en 119.186,08 euros, en base a los documentos núms. 29, 30 y 31, una vez debe indicarse que conforme a dichos documentos MERCAOCIO no pago cantidad alguna, pues en dichas autoliquidaciones figura como sujeto pasivo un tercero (KONIN) y no se menciona en modo alguno a MERCAOCIO, por lo que, en consecuencia, no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvencional.

l) En cuanto a la partida relativa a los gastos de acondicionamiento y mantenimiento de las instalaciones para servicios de restauración, por la que se reclaman 652.486,04 euros (documentos núms. 33 a 140), indicar, una vez mas, que no se aporta un solo justificante de haber efectuado MERCAOCIO pago alguno en los conceptos indicados, que en la mayoría de los casos hacen referencia a servicios genéricos, sin concretar donde se han prestado (hay partes donde dice "ayudando a oficial", y no se indica ni dónde ni en qué), en muchos casos se refieren exclusivamente a servicios

prestados en el Hotel, en otros caso podría tratarse de cualquier obra (ej documentos núms. 47 a 52, 58 a 63, 88 a 101, 107, 108, 127, 129 a 137), en otros casos son meros presupuestos ni siquiera firmados (ej: documentos núms. 77 a 87); por lo que, en consecuencia, no puede imputarse este gasto como propio de la demandante reconvenzional.

m) Por lo que se refiere a los intereses del préstamo hipotecario que dice haber pagado la demandante reconvenzional, concepto por el que reclama 1.232.335,60 euros (documentos núms. 141 a 144), resulta evidente que MERCAOCIO decidió, unilateral y libremente, acudir a esta vía de financiación bancaria, sin que MERCAMADRID le obligara a ello. También es evidente que MERCAOCIO percibió el préstamo hipotecario que libremente solicitó sin que en ello interviniera, en modo alguno MERCAMADRID, y destinó unilateral y libremente la financiación conseguida con préstamo hipotecario a los fines que considero pertinentes, por lo que no puede reclamarse por este concepto daño y perjuicio alguno a MERCAMADRID.

n) La última partida se refiere a los cánones superficiarios abonados desde septiembre de 2004 hasta febrero de 2010 (documento núm. 145). Desconoce, sin duda, MERCAOCIO que no puede actuar contra sus propios actos, y así:

i. MERCAOCIO nunca discutió su obligación de pagar los cánones superficiarios.

- ii. Como se ha indicado anteriormente, existe además un pleito anterior, que finalizó mediante Auto judicial declarando la satisfacción extraprocesal como consecuencia del abono por parte de MERCAOCIO a mi representada de los cánones reclamados judicialmente, sin que en este procedimiento planteara MERCAOCIO objeción o excepción alguna al pago de dichos cánones en base a supuestos incumplimientos contractuales de MERCAMADRID o a la calificación urbanística del suelo. En consecuencia, ahora resulta improcedente que MERCAOCIO reclame la devolución de estos cánones ignorando la fuerza vinculante derivada de sus propios actos.
- iii. Hay también una serie de cánones impagados que están fuera del presente pleito, por cuanto MERCAOCIO negocio con MERCAMADRID su pago documentándolos en pagarés que fueron sucesivamente renovados, abonando alguno de ellos, y habiendo impagado otro (actualmente reclamado judicialmente a través de juicio cambiario 1752/2011, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia N° 51 de Madrid) y estando pendientes de vencimiento otros. Evidentemente MERCAOCIO no puede ir contra sus propios actos ignorando lo realizado en esta materia.

A los Hechos expuestos le son de aplicación los Fundamentos de Derecho siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) JURÍDICO - PROCESALES

Conforme con los correlativos.

B) DE CARÁCTER JURÍDICO - MATERIAL

PRIMERO.- El incumplimiento total de la obligación sustancial como presupuesto necesario e inexcusable para la resolución contractual ex-artículo 1124 del CC.

La doctrina jurisprudencial y científica se ha pronunciado de forma reiterada y unánime acerca de la interpretación de los presupuestos que deben concurrir para entender justificada una resolución contractual basada en el artículo 1124 del Código Civil (en lo sucesivo, CC), así como las formas a través de las cuales puede manifestarse dicho mecanismo.

En el supuesto de autos, y como ya ha sido señalado en los Hechos de este escrito, no existe incumplimiento alguno por parte MERCAMADRID, ni de una obligación accesoria ni, mucho menos, de una obligación esencial sino, muy al contrario, un cumplimiento escrupuloso de las obligaciones asumidas en virtud de los referidos dos (2) contratos de 23

de octubre de 2001, que obran en el documento núm. 3 de la demanda de MERCAMADRID.

En todo caso, en cuanto a los presupuestos o requisitos que deben concurrir para entender justificada la resolución de un contrato, hay uno que, a los efectos que ahora nos ocupan y a la vista del relato fáctico transcrito, reviste una especial trascendencia, cual es la esencialidad de la obligación incumplida de manera que obstaculice el fin normal que constituye la esencia del contrato, pues sólo este incumplimiento justificará en Derecho la resolución de la relación contractual.

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1997 (AC 159/1998), al declarar que:

"Es cierto que el matiz subjetivista respecto al incumplimiento se ha abandonado por la más reciente jurisprudencia, bastando para la resolución que se produzca un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual, vulnerando así la parte incumplidora, la obligación sustancial asumida, pues lo meramente accesorio no genera resolución, como tampoco el mero retraso, a menos que el plazo fijado tenga carácter esencia".

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2003 (AC 578/2003), ha venido a proclamar que:

"La rebeldía exigida del incumplidor ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el

incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (S 4 Oct. 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (Ss. 11 Oct. 1982 y 7 ma. 1983)."

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/6443) indica que:

"la jurisprudencia ha sentado que para que la acción resolutoria implícita establecida en este precepto pueda prosperar, es preciso la acreditación por quien la alegue, entre otros, de los siguientes requisitos: 1º, La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2º, la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3º, que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían; y 4º, que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del demandado, la cual, de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origina".

En el presente caso MERCAOCIO intenta fundamentar su acción resolutoria en que MERCAMADRID le concedió, según afirma, "un derecho de superficie inservible para los usos a los que fue destinado obligacionalmente" (Hecho Cuarto de la Demanda reconvencional, página 34, párrafo primero).

No obstante, tal y como se acredita en el presente escrito, lo cierto es que MERCAOCIO ha estado, y esta actualmente, haciendo uso de los dos (2) derechos de superficie de los que es titular, conforme a las actividades y construcciones que voluntariamente ofertó y

construyó la superficiaria original (KONIN), consistentes en la explotación de un Hotel, y la explotación comercial para la promoción y difusión de productos de restauración, en la otra parte de la misma parcela, utilizando, dentro de esta última y con dicho objeto, las Salas de Exposiciones construidas en las instalaciones, dentro del espacio que la propia superficiaria denomina "THE MARKET", en el que por supuesto se sirven a los clientes productos de restauración.

Este es el fin normal y esencial, según solicitaron y conforme a los actos consentidos y propios de los superficiarios, de los dos (2) contratos suscritos. Fin que se concreta a través de las licencias solicitadas, tramitadas y obtenidas por la superficiaria directamente ante el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, y que actualmente amparan las actividades que viene desarrollando en la finca. Fin que además viene asumiendo MERCAOCIO que se ha cumplido, por cuanto sus actos propios así lo denotan, y en especial cuando, conforme dispone la estipulación cuarta del referido contrato de 23 de octubre de 2001 que se pretende resolver, en el momento en que la superficiaria pagó la primera mensualidad expresamente reconoció que estaba en funcionamiento el servicio de restauración que ahora cuestiona.

Además, en los casi nueve (9) años que han transcurrido desde que se convirtió en superficiaria el 9 de mayo de 2003 (por cesión de KONIN), MERCAOCIO nunca ha cuestionado o alegado que el fin normal del contrato se estuviese incumpliendo. Más bien cabe concluir lo contrario, sus actos propios evidencian que, durante todos

estos años, en dicha finca se están desarrollando las actividades propuestas por la superficiaria.

En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de febrero de 1991 (RJ 1991/1518) señala que:

"se ha declarado que la resolución sólo puede solicitarla el que ha cumplido por su parte -sentencias, de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985\4963), 17 y 21 de marzo, 14 de abril y 30 de junio de 1986 (RJ 1986\1256, RJ 1986\1275, RJ 1986\1852 y RJ 1986\2835) y otras muchas-, y que el hecho incumplido ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato".

En el presente caso resulta evidente que MERCAOCIO ha incumplido su obligación de pagar el canon superficiario relativo a los dos (2) contratos suscritos. Incumplimiento contractual que como se ha indicado en los Hechos, no es la primera, ni la segunda vez que se produce. Incumplimiento contractual que impide a MERCAOCIO instar la resolución contractual, como así reconoce el Tribunal Supremo.

Por el contrario, a mi mandante en modo alguno puede imputársele un incumplimiento contractual que es incompatible con el hecho acreditado de que MERCAOCIO haya estado y esté actualmente disfrutando de los dos (2) derechos de superficie que adquirió de KONIN, y esté desarrollando en la finca las actividades propuestas por ella, o por el superficiario inicial del que trae causa su derecho. Actividades que están amparadas en la

correspondiente licencia de actividad de la que es actualmente titular MERCAOCIO.

SEGUNDO.- Teoría de los actos propios. MERCAOCIO no puede ir contra sus propios actos.

La Jurisprudencia se ha manifestado reiteradamente sobre la doctrina de los actos propios, y así el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 27 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1982), de 31 de enero de 1995 (RJ 1995, 291) y 30 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6824) y 24 de abril de 2004, indica que:

"los actos propios, para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada relación jurídica, con lo que producen estado,... La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada por la Sala en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejerce, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquéllos que, por su carácter trascendente o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba

obligado a respetarla" (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1988.-RJ 1988/1994).

En parecidos términos las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1991 (RJ 1991/2642) y 10 de octubre de 1988 (RJ 1988/7399) vienen a declarar que:

"el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla" (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1987.-RJ 1987/6717]). En igual sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1994.-RJ 1994/5225).

Para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del CC, *"ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual"*. (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio y 17 de diciembre de 1994.-RJ 1994/9428; 30 de octubre de 1995.-RJ 1995/7851; y 24 de junio de 1996.-RJ 1996/4846; en Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999.-RJ 1999/10).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2000 (RJ 2000/3194) expresa:

"el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero [RJ 1996/732] y 24 junio 1996 [RJ 1996/4846]; 16 febrero [RJ 1988/868], 19 mayo [RJ 1988/ 4034] y 23 julio 1998 [RJ 1988/6392]; 30 enero, 3 febrero, 30 marzo y 9 julio 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (sentencias de 23 julio 1997 [RJ 1997/5808] y 9 julio 1999 [RJ 1999/5967]), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico, tanto más, en el caso de autos, que no tiene ninguna explicación técnica la desaparición (destrucción o deterioro) de las piezas escultóricas".

En el presente caso, es evidente que MERCAOCIO con su demanda reconvencional mantiene una actuación contraria a sus propios actos, por cuanto:

- a) Cuando aceptó la cesión contractual de los dos (2) derechos de superficie de los que era titular

KONIN, no solo se subrogó en los derechos y obligaciones de KONIN, sino que aceptó y asumió, frente a MERCAMADRID, lo realizado por KONIN con anterioridad a dicha cesión contractual.

- b) En los contratos suscritos por KONIN con MERCAMADRID, aquella declaró (expositivo II), de forma expresa, que conocía las condiciones urbanísticas de la parcela (y de su suelo) sobre la que se constituyó los dos (2) derechos de superficie, y en base a dicho conocimiento realizó las ofertas que la convirtieron en adjudicataria y superficiaria.
- c) MERCAOCIO después de convertirse en superficiaria de los derechos cedidos por KONIN solicitó, y obtuvo, la licencia de actividad que para explotar no solo el Hotel, sino el resto de la parcela. De forma que actualmente MERCAOCIO esta realizando en la finca las actividades que libremente ha solicitado y obtenido licencia, y así, tanto la actividad de Hotel como la actividad realizada en el resto de la finca (The Market) consistente en actividades para la promoción y difusión de productos de restauración, están amparadas por la correspondiente licencia de actividad.
- d) Conforme dispone la estipulación cuarta del referido contrato de 23 de octubre de 2001 que se pretende resolver, en el momento en que la superficiaria pagó la primera mensualidad expresamente reconoció que estaba en funcionamiento el servicio de restauración que ahora cuestiona.

- e) MERCAOCIO ha estado explotando tanto el Hotel como el resto de la parcela, celebrando en este último espacio (lo que no es Hotel y denomina The Market) eventos y actividades comerciales, sin plantear, hasta la fecha queja alguna por ello a MERCAMADRID.
- f) Cuando en el año 2006 MERCAMADRID reclamó judicialmente a MERCAOCIO el pago de cánones superficiarios impagados (como acontece ahora), MERCAOCIO pago todos los cánones adeudados llegándose a un acuerdo extrajudicial que puso fin al pleito mediante Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 67 de Madrid. Asimismo cabe indicar que a principios de 2010 MERCAOCIO solicitó que el pago de cánones impagados hasta 31 de diciembre de 2009 se documentase en cuatro (4) pagares, que han sido objeto de sucesivas renovaciones.
- g) Hasta la fecha MERCAOCIO nunca ha discutido las facturas remitidas por MERCAMADRID sobre los cánones superficiarios a abonar ni el IVA reflejado en las mismas. Ahora, con una evidente mala fe, dice no estar conforme con el IVA.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que, teniendo por presentado este escrito con sus documentos adjuntos y sus correspondientes copias, se sirva admitirlos, y por formulada, a través de la representación que suscribe, contestación a la demanda

reconvencional formulada por **MERCA OCIO HOTELES 22, S.L.**; y, previos los trámites legales, díguese dictar Sentencia en la que desestime, íntegramente, la demanda reconvencional, absolviendo a **MERCAMADRID** de cuantos pedimentos se contienen en la misma, con expresa condena en costas a MERCAOCIO 22, S.L.

Es Justicia ~~que pido en Madrid~~, a 23 de marzo de 2012.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, a efectos de lo establecido en el artículo 265.2 de la LEC, esta parte designa los archivos, libros y registros de cuantas personas físicas y jurídicas (tanto públicas como privadas) se citan en el presente escrito de contestación a la demanda reconvencional y, en particular, los siguientes:

- Archivos de la empresa KONIN 22, S.A.
- Archivos de MERCA OCIO HOTELES 22, S.L.
- Archivos del Excmo. Ayuntamiento de Madrid y, en particular, de la Gerencia Municipal de Urbanismo.
- Autos del Procedimiento ordinario 664/2006, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia Nº 67 de Madrid.
- Archivos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Dependencia del Impuesto sobre el Valor Añadido de la Administración de la Unidad Regional de Gestión Recaudatoria nº 2.

- Autos del juicio cambiario 1752/2011, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia N° 51 de Madrid.

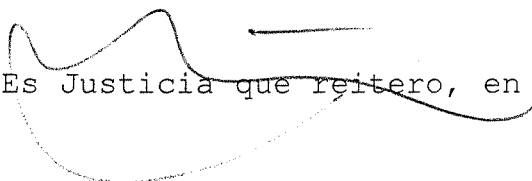
SUPLICO AL JUZGADO que tenga por hecha la anterior designación, a los efectos probatorios oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, interesando al derecho de mi mandante el recibimiento de presente procedimiento a prueba; es por lo que,

SUPLICO AL JUZGADO: Acuerde el recibimiento del presente procedimiento a prueba.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que esta representación manifiesta expresamente, ex. artículo 231 de la LEC, su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley para los actos procesales; por lo que,

SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por formulada la anterior manifestación, acordando dar el oportuno traslado a la parte que comparece para la subsanación, en el caso de que concurrieren, de los defectos en que pudieran incurrir sus actos procesales.

 Es Justicia que reitero, en lugar y fecha Ut Supra.



ILUSTRE COLEGIO DE PROCURADORES DE MADRID

JUSTIFICANTE DE TRASLADO DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS

REGISTRO

Sello y fecha Secretario

Sello y fecha SRC

OBSERVACIONES: Traslado conforme 278 LEC:

SI ☐
NO ☐

JUZGADO 6 TRIBUNAL:

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA Nº88

AUTOS Nº:

1681/2011

ASUNTO:

JUICIO ORDINARIO

PROCURADOR QUE HACE LA ENTRADA DE COPIAS, MANIFESTANDO SU VOLUNTAD DE CUMPLIR LOS REQUISITOS LEGALES (Art. 231 LEC y 243 LOPJ)

D./D^a DOÑA M^a DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

COLEGIADO Nº: 366

Ref. Procurador:

.....
.....

PROCURADOR/ES QUE RECIBE/N LAS COPIAS:

DON GUSTAVO GARCIA ESQUILAS

COLEGIADO Nº: 1306

EN REPRESENTACIÓN DE MERCA OCIO HOTELES 22 S.L.