

SUSANA GÓMEZ CASTAÑO
Procuradora de los Tribunales
NOTIFICADO: 11/11/2014

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0179504

Recurso de Apelación 591/2014



(01) 30213598084

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1445/2013

APELANTE: FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL AYUDARTE GARCIA

FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU

DEMANDADO Y APELADO: VODAFONE ESPAÑA SA

PROCURADOR D./Dña. DAVID MARTIN IBEAS

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/ BUTRON 31 DE MADRID

PROCURADOR D./Dña. SUSANA GOMEZ CASTAÑO

SENTENCIA Nº 369/2014

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D./Dña. PILAR PALÁ CASTÁN

En Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil catorce.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1445/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid a instancia de FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU (hoy ORANGE ESPAGNE SAU) apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. MARIA ISABEL AYUDARTE GARCIA y defendido por Letrado, contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/ BUTRON 31 DE MADRID apelado - demandante, representado por el/la Procurador/a D./Dña. SUSANA GOMEZ CASTAÑO y defendido por Letrado, VODAFONE ESPAÑA SA demandada, representada por el/la Procurador D./Dña. DAVID MARTIN IBEAS y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SA, representada por el/la Procurador/a D./Dª Mª del Carmen Ortiz Cornago;]; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 05/06/2014.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 05/06/2014, cuyo fallo es el tenor siguiente: “Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dª Susana Gómez Castaño, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la calle Butrón nº 31 de Madrid, contra France Telecom España, S.A. y contra Vodafone España S.-A.U. Que NO HA LUGAR a declarar la nulidad de la cláusula tercera del contrato de arrendamiento suscrito entre Retevisión Móvil, S.A. (actualmente France Telecom España, SA) el 28 de septiembre de 1998. Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a France Telecom España a desalojar por completo el espacio arrendado por ella a la de la Comunidad de Propietarios de la calle Butrón, nº 31, de Madrid, realizando para ellotodas las actuaciones que sean necesarias hasta dejarlo totalmente libre, vacío y expedito. Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Vodafone España S.A.U. de las pretensiones ejercitadas contra ella en el presente procedimiento. Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a la Comunidad de Propietarios de la calle butrón nº 31 de Madrid al abono de las costas procesales ocasionadas a Vodafone España, SAU en el presente procedimiento. Sin especial pronunciamiento en relación con las costas procesales de la Comunidad de Propietarios de la calle Butrón nº 31 de Madrid, de France Telecom España SA y de Telefónica Móviles España.”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 17 de octubre de 2014, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 21 de octubre de 2014.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la c/Butrón nº 31 de Madrid se promovió juicio ordinario frente a France Telecom España, S.A. y Vodafone España S.A. solicitando que se declarase la nulidad de la cláusula tercera del contrato suscrito ante la actora y France Telecom España S.A., el 28-9-1998 declarando resuelto el mismo y condenando a los demandados a desalojar por compeltto el espacio arrendado desmantelando la totalidad de equipos y accesorios que tuviese instalados en el mismo hasta dejarlo completamente libre. Las entidades mercantiles interpeladas se

opusieron a la demanda, dictándose sentencia estimando formalmente la misma y condenando a France Telecom España SA desalojar por completo el espacio arrendado por dicha entidad a la Comunidad de Propietarios; decisión judicial recurrida en apelación por la parte condenada en procura de una sentencia que revoque la recurrida y la sustituya por otra que desestime íntegramente la demanda. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC y asentado en varios motivos de disenso que delimitan el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.

Se aduce en la alegación previa del recurso de apelación que el objeto de la presente litis es determinar si, como defiende la actora, las cesiones parciales del espacio arrendado por Orange a favor de las mercantiles Vodafone España SA y Telefónica Móviles de España SAU son causa de resolución del contrato, o, como mantiene la entidad apelante, Orange estaba autorizada a ceder y/o subarrendar el espacio arrendado y, en todo caso, si la Comunidad de Propietarios demandante tuvo conocimiento fehaciente de las citadas cesiones dentro del plazo previsto en el artículo 32 de la LAU. Se asevera asimismo que no son hechos litigiosos: a) la firma de un contrato de arrendamiento entre las partes el pasado 28-9-1998, por el cual la Comunidad de Propietarios cedió a Orange un espacio determinado de la azotea por la instalación de un equipo de telecomunicaciones (documento nº 1 de la demanda); b) la recepción por la Comunidad del escrito del Ayuntamiento de Madrid el 2-2-2010, por el que se dio traslado del expediente instado por Telefónica, consistente en la solicitud de licencia para la instalación de una estación base de telecomunicaciones en la azotea de la actora (documento nº 4 de la demanda) y c) la comunicación enviada a la actora el 9-2-2011 por parte de Orange, comunicando la cesión parcial realizada a favor de la mercantil Vodafone (documento nº 8 de la demanda), concluyéndose que la parte actora tuvo perfecto conocimiento de las cesiones parciales efectuadas por la entidad recurrente, no pudiendo declararse la resolución del contrato de arrendamiento suscrito en 1998. Sin embargo, al razonar así se dejan a la sombra determinados hechos de indiscutible plenamente averados y se hace supuesto de la ponderación atinada de la actividad demostrativa producida en las actuaciones originales, prácticamente el documento nº 1 de los acompañados por Vodafone España SAU, el que ha de conjugarse con los documentos glosados en esta alegación previa del recurso, cual efectúa la Juzgadora a quo y omite la parte apelante; documento capital enjuicia en la medida en que evidencia claramente que el 3-12-2010 se concluyó el acuerdo de cesión entre las entidades demandadas, reflejándose en el mismo tanto la fecha de inicio instalación como la de aceptación, siendo así que la notificación de la cesión se produjo a través de la comunicación datada el 9-2-2011, cual rezuma del documento nº 8 de la demanda , con lo que es llano que la notificación de la cesión tuvo lugar con posterioridad al transcurso del plazo de un mes desde que se concertó la cesión y, por ende, fuera del plazo establecido en el artículo 32-4 de la LAU de 1994 con cuyo acomodo se accionó en relación con el 35 del mismo texto legal, lo que per se da vivencia a la resolución contractual postulada en la demanda instauradora de la litis. En suma, la conclusión extraída por la iudex a quo ha de quedar incólume, como también la inferencia obtenida en lo que atañe a la cesión del espacio efectuada a Telefónica Móviles de España, en cuanto que, por una parte, cual se deduce de la dicción literal del artículo 32-4 de la LAU, la cesión ha de notificarse de forma fehaciente al arrendador y, por otra, que se trata de una obligación que gravita a la parte arrendataria, la que podría efectuar por apoderado, pero no puede equipararse al conocimiento que de la cesión haya podido obtener la parte arrendadora por cualquier otra entidad ajena a la arrendataria, cual acaece en el supuesto controvertido con el traslado para alegaciones concedido por el Ayuntamiento de Madrid respecto a la solicitud de licencia para una nueva estación base de telefonía móvil en la

azotea por parte de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, por lo que también esta conclusión ha de corroborarse.

Se argüye por la parte apelante en el escrito presentado al socaire del artículo 458 de la LEC que ha defendido a lo largo del procedimiento que la estipulación novena del contrato permitía a Orange ceder total o parcialmente el espacio arrendado, lo cual conlleva la posibilidad de subarrendar el mismo, así como que en esa interpretación amplia sostenida por la parte recurrente si la actora permitió la cesión del contrato a favor de terceros, igualmente estaba legitimada para ceder parcialmente o subarrendar el espacio arrendado, id est, que si el contrato permitía la mayor (que sería la desvinculación total del contrato) cómo no iba a permitir la menor (en subarriendo por el que Orange no se desvinculase del contrato) por lo que no son de aplicación los artículos 32 y 35 de la LAU, al haber establecido las partes lo que a su derecho convino en la estipulación novena en relación con la cesión y subarriendo del contrato, así como con relación a las causas de resolución en la estipulación sexta. El motivo quiebra, dado que, por un lado, resulta absolutamente inane para el enjuiciamiento que la parte actora (a quien no le es indiferente que el espacio arrendado sea ocupado por una o varias entidades y existan más o menos equipos) estuviese legitimada para ceder parcialmente o subarrendar el espacio de autos, sino que ha de estarse a los términos que aparecen plasmados en la estipulación novena del contrato de 28-9-1998, donde se atribuye a la parte arrendataria la facultad de ceder el contrato a terceros, sin más trámite que la notificación a la propiedad de esta circunstancia, con lo que es cristalino que lo que se autorizó a la parte arrendataria fue la de ceder el contrato, lo que no ha de confundirse con el subarriendo de la finca, sea parcial o total, por lo que si no estamos en presencia de una cesión del contrato, lo que es palmario y están contestes las partes litigantes por ser inconcuso, huelga disquisiciones de otra índole, habida cuenta de que, en defecto de pacto específico en el contrato, rige la LAU de 1994, in concreto los preceptos con cuyo fundamento se postuló en la demanda, los que sí son de aplicación y, consiguientemente, fueron interpretados en la sentencia, así como la estipulación novena ya glosada.

SEGUNDO.- El mismo destino claudicante ha de alcanzar el motivo segundo a través del que se denuncia la valoración errónea de la prueba. En el desarrollo integrador del reparo se denuncia que se ha incurrido en un error grave de apreciación, al atribuir consecuencias jurídicas a los hechos probados que no son coherentes, así como no se han tenido en cuenta pruebas practicadas a lo largo del proceso. Particularmente, se afirma que ha quedado perfectamente acreditado que el día 3-12-2010 suponía el inicio de los estudios necesarios para saber si la mercantil Vodafone podía desarrollar su actividad en el edificio de la Comunidad demandante, no la fecha de inicio de la cesión parcial del espacio o subarriendo como entiende la sentencia. Sin embargo, no debe preterirse que todo el énfasis puesto por la parte apelante se volatiza si, por un lado, el documento nº 1 de los acompañados a la demanda bien claramente expresa las fechas de inicio, instalación y aceptación, así como la duración del contrato hasta el 28-9-2013, abundando en el mismo sentido de que estamos ante un pacto perfeccionando en todos sus elementos las propias manifestaciones vertidas por Vodafone España SAU en el escrito de contestación a la demanda (Hecho III, al manifestar “constituye un hecho no controvertido que por parte de France Telecom y Vodafone se ha alcanzado un acuerdo de uso compartido de la infraestructura de su propiedad sita en el edificio de la calle Butrón, número 31... in fine”, hecho plenamente acorde con lo alegado en el Fundamento Jurídico I en cuanto al fondo, al afirmar “En orden a acreditar que mi representada se encuentra bajo un régimen de uso compartido con el operador France Telecom aportamos como Documento núm. 1 copia del

Acuerdo Individual que France Telecom es el titular del emplazamiento sito en la c/Butron, nº 31 de Madrid”, lo que significa que hay un único acuerdo, id est, el aportado por Vodafone España SAU con su escrito de litiscontestatio, precisamente el valorado por la iudex a quo de forma certera y, consiguientemente, no puede pretenderse que alzaprímamos la exégesis que de la resultancia demostrativa se efectúa por la parte apelante con apoyo en el testimonio de su empleada, pugnando abiertamente la conclusión de que el 3-XI-2010 implicó el inicio del estudio de visibilidad del emplazamiento con el hecho de haberse celebrado el acuerdo con plena pormenorización de detalles, incluido precio y fecha de conclusión del contrato o duración del mismo hasta el 28-9-2013; conclusión en absoluto empañada por el testimonio de D^a Montserrat Miranda, no sólo por la relación laboral que le une con la entidad apelante sino por la propia credibilidad que merece su testimonio, al no precisado siquiera el número de antenas y transmisores que se han ido instalando en la azotea, lo que resulta asaz sorprendente en la persona responsable de todos los temas de gestión técnica. La circunstancia de que aparezca asimismo plasmada la fecha de 10-10-2011 en el documento nº 1 de los aportados por Vodafone no ha intentado esclarecerse constante procedimiento, pero en modo alguno ensombrece la conclusión obtenida en la sentencia si todas las partes litigantes se muestran de acuerdo en la veracidad de la fecha mentada en el documento nº 8 de la demanda.

La misma falta de consistencia es predicable respecto de la cesión parcial a Telefónica Móviles SA, al no poder reputarse como notificación fehaciente la sedicente puesta en conocimiento efectuado por la empleada D^a Montserrat Aranda a la administración de la comunidad, lo que está ayuno de todo refrendo probatorio complementario, ya que ni siquiera se articuló como prueba testifical la declaración de la persona de la administración de la Comunidad a que se afirma efectuó esa información, ni puede orillarse, lo que ya se ha expuesto en otro lugar de esta resolución, en punto a que viene obligado a efectuar la notificación y la irrelevancia que ha de atribuirse al hecho de que la parte actora haya tenido de la solicitud de licencia efectuada por Telefónica Móviles SA. Por lo demás, lo que integra el punctus saliens del pleito en este grado es si se efectuó la notificación dentro del plazo prevenido en el artículo 32-4 de la LEC; extremo que se ha dejado claramente respondido. In noce, el motivo ha de sucumbir.

TERCERO.- La misma suerte destinataria ha de correr a los demás motivos de impugnación con que se construye la divergencia con el razonar judicial exteriorizado en la sentencia detallada, en cuanto que se ha interpretado y aplicado correctamente los artículos 32 y 35 de la LAU, cual se ha dejado suficientemente motivado, remitiéndonos in totum a lo expresado en los Fundamentos Jurídicos precedentes, siendo el tratamiento claudicante de esas objeciones meramente tributario de cuanto se ha dejado razonado, debiendo sólo ponerse de relieve que no es dable: 1) efectuar el distingo que traza la parte apelante entre incumplimiento tardío e incumplimiento a los efectos previstos en el artículo 32 del citado texto arrendaticio, si el artículo 35 sanciona con la resolución el incumplimiento del artículo 32 del tan citado texto legal, por lo que no puede intentar interpolar el régimen general de las obligaciones ex artículo 1124 del CC, si el artículo 35 establece un régimen específico que no puede ser soslayado. Tampoco se puede distorsionar la significación del término fehaciente que el artículo 32-4 exige para entender atemperada a Derecho la notificación a la parte arrendadora, siendo incluso todavía más incomprensible que se traiga a colación institutos jurídicos como la buena fe, el fraude de ley, abuso de derecho y contravención de los actos propios que no alegaron en el escrito de contestación a la demanda y, ergo, han de quedar extramuros del enjuiciamiento por vedarlo principios procesales esenciales que por su enjundia han sido entronizados en el artículos 24 de la Norma Fundamental, al margen de

que en absoluto concurren en el supuesto enjuiciado; razonamientos que cristalizan en el fenecimiento de estos motivos y a fortiori del recurso.

CUARTO.- Corolario del inacogimiento del recurso es que, a tenor del artículo 398 de la LEC, se impongan a la parte apelante las costas procesales originadas en este grado jurisdiccional, al no suscitar la temática litigiosa seria duda fáctica o jurídica.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación

III. F A L L A M O S

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por D^a Isabel Ayudarte García, en representación de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (actual ORENGE ESPAGNE, S.A.U.) frente a la sentencia dictada el día cinco de junio de dos mil catorce por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n^o 86 de Madrid, en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la resolución indicada, e imponemos a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N^o 6114 sita en la calle Ferraz n^o 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0591-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 591/2014, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe