Fecha: 24 de octubre de 2002
Órgano: Audiencia Provincial de Vizcaya
Sala: Sala de lo Civil-Penal, Sección 3
Ponente: MARÍA CONCEPCIÓN MARCO CACHO

Sentencia: 544 / 2002
Recurso: *no disponible*
Rollo: 723 / 2001

En BILBAO, a veinticuatro de octubre de dos mil dos.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Bizkaia integrada por los ilustrísimos Señores Magistrados de! margen los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía n° 150/00, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia n° 2 de Bilbao y seguidos entre partes: como apelante, AIRTEL MÓVIL SA. representado por la Procuradora Sra. Ortega Azpitarte y dirigido por el Letrado, Alberto Pérez-Solano, como apelado impugnante J.C.C.R. representado por el Procurador Sr. Ors Simóon y dirigido por el Letrado, Alberto Arrate y como apelado, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/ XXX N° 24 DE ERANDIO, representado por e) Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigido por el Letrado, Ricardo Pérez.

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

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.- Que la referida Sentencia de instancia de fecha 9 de Junio de 2001 es del tenor literal que sigue. FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por GERMÁN ORS SIMÓN, Procurador de los Tribunales, en representación de C.C.R., contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL N° 32 DE LA CALLE XXX DE ERANDIO, representada por el Procurador de los Tribunales ALFONSO JOSÉ BARTAU ROJAS, y AIRTEL MÓVIL, SA., representada por el Procurador de los Tribunales JAVIER ORTEGA AZPITARTE, debo declarar como declaro la nulidad del acuerdo comunitario de 12 de diciembre de 1999, que ampara la instalación de la antena emisora de telefonía móvil en la azotea del edificio de la Comunidad, condenando a los demandados, inicial e interviniente, a que estén y pasen por dicha declaración a todos sus efectos, siendo las costas causadas a cargo de las demandadas.

Firme que sea la presente, álcese de oficio la medida cautelar acordada de suspensión del acuerdo comunitario anulado, una vez que transcurran vente días desde el siguiente a la notificación de la sentencia firme, sin perjuicio de las medidas ejecutivas que se insten, conforme art. 731.1 LEC.

Líbrese la presente sentencia y con inclusión del original en el libro de las de su clase, dedúzcase testimonio para la unión a los autos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Iltma. Audiencia Provincial de Bizkaia, en el plazo de cinco días hábiles, mediante escrito de preparación limitado **a** expresar la voluntad de recurrir y los pronunciamientos que se impugnen.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes por la Representación Procesal de AIRTEL MÓVIL SA. se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación que, admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y dado traslado a las demás partes por un plazo de diez días, transcurrido el mismos se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos la formación del presente rollo al que correspondió el número 723/01 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO- Que solicitado por la parte apelante se recibieran los autos a prueba, en esta segunda instancia, por auto de fecha 3 de enero de 2002 se denegó dicha solicitud.

CUARTO.- Que por escrito de fecha 11 de Enero de 2002 por Airtel Móvil SA. se interpuso recurso de súplica contra el auto denegatorio de prueba, resolviéndose dicho recurso por auto de fecha 28 de Enero, y admitiéndose la práctica de la documental solicitada.

QUINTO.- Que por providencia de la Sala de fecha 22 de marzo de 2002 se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 16 de Septiembre de 2002, acordándose por la Sala en fecha 17 de Septiembre como diligencia final para una correcta resolución del procedimiento; con suspensión del plazo para dictar sentencia, librare oficio al Juzgado de 1ª Instancia n° de Bilbao, a fin de que fuera remitido a esta Sala testimonio de la prueba pericial practicada en las Medidas Cautelares en ejecución seguidas en dicho Juzgado, así como las aclaraciones y alegaciones a la misma formuladas por las partes.

SEXTO.- Que remitido dicho testimonio con fecha 27 de Septiembre se pasaron las actuaciones a la Ilma. Sra. Ponente a fin de dictar la oportuna resolución.

SÉPTIMO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido a las múltiples atenciones de la Sala.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Iima. Sra. Magistrado DOÑA MARÍA CONCEPCIÓN MARCO CACHO.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Los motivos en que funda la Sociedad Airtel Móvil, SA. su recurso de apelación son: 1°.- La alteración de facto de la acción ejercitada por el actor; entendiendo que suplicando en demanda "la nulidad del Acuerdo de Junta por el que se permite la construcción de un anexo sobre el local destinado a cuarto de máquinas... para la instalación de una torre que sirva de base a una antena de comunicaciones de telefonía móvil..." es contraria a la estimación de la demanda declarando en sentencia por negación o prohibición a soportar el propietario actor, en su propiedad presumiéndose esta libre de emisión de ondas electromagnéticas sin consentimiento expreso del mismo; resultando que tal acción negatoria de servidumbre no se había ejercitado.

La conclusión anterior avoca en una alteración de oficio de la acción ejercitada vulnerándose el principio de contradicción.

2°.- Se acredita en el procedimiento la inocuidad de la radiaciones no ionizantes en general, así como las emitidas por la estación base de telefonía móvil sita en el edificio C/ XXX, n° 24 en particular. Nuevamente en este punto la sentencia incurre en contradicción cuando en diferentes párrafos de la fundamentación se expresa que no se ha declarado probado que los campos magnéticos sean perjudiciales para la salud y sin embargo en base á la concurrencia probada de una sospecha razonable se estima la demanda, la prueba que el juzgado exige es diabólica, por cuanto que ni los expertos ni los científicos pueden de forma rotunda -y categórica aseverar conclusiones tajantes en esta materia, sino testimoniar en base a los estudios científicos realizados que en ningún caso puede deducirse que las radiaciones no ionizantes tengan efectos nocivos sobre la salud de las personas dentro de los límites recomendados. Al efecto de justificar tales extremos aportan una serio de informes técnicos y certificaciones de departamentos Administrativos así como normas reguladoras de la concesión administrativa en materia de telefonía móvil.

3°.- Muestra disconformidad con la declaración estimatoria de la demanda en base a la preocupación que el Sr. C.R. manifiesta y ello por no venir adjuntado ni basado en informe científico alguno, impugnando los informes que el actor acompaña con su demanda así como las ratificaciones que los mismos efectúan en el procedimiento, aportando nuevos informes que contradigan aquellas conclusiones.

4°.- Igualmente muestra disconformidad con las aseveraciones de los informes periciales, en relación a las consecuencias que en la enfermedad que padece la hija del actor pueda ser por la emisión de las ondas del campo electromagnético sin que concurra relación causa efecto entre las radiaciones que emite la antena de telefonía móvil y la patología que sufre la hija del demandante.

Por todo lo expuesto reseñado de forma somera ampliamente explicitado en el escrito de interposición del recurso, solicita la empresa Airtel móvil, SA., la revocación de la sentencia; instando el recibimiento del juicio a prueba; en relación a este extremo la Sala por Auto de fecha 28 de enero de 2002 admite las documentales que se adjuntan al escrito ahora recurrido.

SEGUNDO.- El actor Don F.C. se opuso al recurso interpuesto e impugna la sentencia. En este extremo reitera la petición de nulidad del acuerdo de la comunidad por su parte impugnado, al entender: 1º.- que concurren) alteración de elementos comunes, y por ende la mayoría que adoptó el acuerdo es nula, al ser exigida la unanimidad de los copropietarios -art. 397 del Código Civil, en relación a los arts. 3B, 7.1,12,17.1 y 18 de la LPH.-; funda esta pretensión en la prueba pericial practicada por Don E.I., en el que consta que se han aperturado boquetes en la pared del cuarto de máquinas instalándose una puerta de carácter permanente; 2°.- Queda constancia en el procedimiento de estar probada la existencia de perjuicios para su representado -informe elaborado por científicos reconocidos, adjuntando igualmente resoluciones dictadas por diferentes órganos civiles de otras provincias españolas-.

En cuanto a la oposición efectúa igualmente un amplio y extenso escrito en que el efectúa defensa y ratificación de los contenidos de la sentencia, en los aspectos revocatorios solicitados por la contraparte.

TERCERO.- Conforme a los parámetros reseñados y habiendo el actor reiterado en esta alzada su petición declarativa de nulidad del acuerdo al ser adoptado por mayoría no válida, siendo este motivo previo al resto de los fundados y alegados, no sólo por esta parte sino también por el apelante demandado, entiende el Tribunal que procederá un examen con carácter previo, y ello porque sólo si se entiende que el acuerdo fue adoptado por mayoría válida podrá analizarse el resto de los motivos invocados por los recurrentes.

Se alega por el actor que las obras para realizar las obras de la antena de telefonía Móvil ha conllevado alteración de elementos comunes al instalarse en la caja del ascensor y abriendo huecos en dicha caseta así como instalación de forma permanente de una puerta para uso exclusivo de empleados de Airtel, SA. así las obras suponen modificación de la caseta del ascensor elemento común- resultando necesario consentimiento unánime de todos los copropietarios para la aprobación de dicha instalación de estación base de antena para telefonía móvil.

En esta materia se deben conjugar dos preceptos, por un lado aquel que dispone que todo comunero deberá permitir que la comunidad acuerde el uso de una zona de elementos comunes sin uso específico siendo válido el acuerdo que lo permita adoptado por la mayoría de 3/5, computándose tanto los emitidos en la junta como los tácitos afirmativos -art. 17.2 de la LPH. actual- debiéndose conjugar los contenidos de dicho precepto con el art. 12 de la mencionada Ley; que exige unanimidad para admitir la realización de obra en elemento común que comporte una alteración del elemento. por comportar una alteración del título constitutivo.

En las resoluciones de las Audiencias al tiempo actual se observa por un lado que en aquellos supuestos que la antena a instalar se trate de radioaficionado instalándose en el exterior del edificio, no necesita consentimiento unánime de tos copropietarios, al no comportar su instalación alteración alguna de elemento común; resultando por otro lado la aplicación del art. 1 de la Ley 19/1.983, la que determina que estarán legitimados para usar la totalidad o parte del inmueble quienes hayan obtenido autorización reglamentaria del Ministerio de Transportes, Turismo y comunicaciones para el montaje de una estación radioeléctrica de aficionados, pudiéndose instalar por su cuenta en el exterior del edificio; y así en resoluciones (Audiencia Provincial de Badajoz, de 7 de noviembre de 2001, Audiencia Provincial de Asturias de 3 de marzo de 2.000), en sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2.001, se establece que para el caso de instalación de antena parabólica e! comunero que efectúa la obra sin ni siquiera solicitar consentimiento del resto, resulta que por el solo hecho de instalar tal antena, en cuanto comporta el arriendo, o cesión de uso de azotea, debía solicitar la mayoría al menos establecida en el art. 17 de la LPH.

En el supuesto de instalación de estación base de telefonía móvil, la sentencia de la AP. de Asturias de 22 de marzo de 2.001 exige acuerdo unánime de todos los copropietarios en cuanto que la obra a efectuar comportaba una alteración de elemento común.

Igualmente necesario es recordar la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo en cuanto a concurrencia de acuerdo unánime para adoptar autorización de obra que afecta a elemento común, es numerosa, así la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 1.995 (que cita las de 7 Mayo 1974, 15 Abril 1978, 23 Diciembre 1982, 3 Febrero 1983, 10 Marzo 1983, 9 Mayo 1983, 3 Octubre

1983, 3 Abril 1990, 26 Noviembre 1990 y 10 Diciembre 1990), 6 de Mayo de 1994, 3 de Febrero de 1993, 28 de Abril de 1992, 26 de Marzo de 1990 y 12 de Febrero de 1986.

El fundamento de esta exigencia se desarrolla en regulación específica en la actual Ley de Propiedad Horizontal con arreglo a las siguientes normas: 1) Respecto de las facultades de cada propietario singular, dispone el art. 7.1 que no podrá realizar alteración alguna.

2) Y en cuanto a las facultades colectivas de los condueños, establece el art. 12 que cualquier otra alteración - en las casas comunes afectan a 7 titulo constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, regla que complementa el art. 17, norma 1ª, al establecer la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo, sin otras excepciones que las que expresamente contiene el mismo artículo, ninguna de las cuales se refiere a la cuestión del pleito.

Interpretando los mencionados preceptos del Código y de la Ley de Propiedad Horizontal declaró la STS de 20 de Abril de 1994 que es cierto que el art. 394 del Código Civil faculta a cada partícipe el servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y no perjudique el interés comunitario, ni impida a los demás utilizarlas según su derecho, pero el derecho así concedido no puede hacerse extensivo a supuestos distintos al previsto en su texto: usar o utilizar las cosas comunes y, consecuentemente, el mencionado precepto no tiene aplicación al supuesto concreto de que se trata: la realización de obras en elementos comunes, las cuales, conforme a la regulación contenida en la Ley 49/1960, artículos *7,* párrafo segundo, 11 y 16, regla 1ª, requieren la autorización de la comunidad, sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los restantes propietarios o intereses comunitarios, factor el indicado que sólo es contemplado en el articulo 7 de la precitada Ley para las llevadas a cabo en el interior de cada piso -.

CUARTO.- Conforme a lo explicitado el juzgador de la instancia considera que la obra realizada en este supuesto no altera elemento común -caseta de ascensor- en cuanto que no impide el fin que perseguía "-...cubrir y proteger de la intemperie la maquinaria - resultando que los elementos eléctricos instalados se han conectado a un cuadro que se encuentra dentro de la caseta a la que se ha proporcionado nuevo acceso". Precisamente en esta última referencia incide el Tribunal para entender que concurre en contradicción el juzgador en cuanto que no comparte el criterio adoptado por el mismo; si se indica que se han instalado nuevos elementos electrónicos con apertura de nuevo acceso resulta evidente que la caseta de ascensor, resulta por obvio alterada; añadiendo la Sala que de las fotografías que se aportaban con la demanda se aprecia como se ha realizado apertura de hueco permanente para fijar y anclar en esta caseta la antena de telefonía móvil sobre la propia caseta con la instalación propia eléctrica y protegiéndola con puerta fija su acceso, reservándolo en exclusiva a los operarios de Airtel, SA. transcendencia de unión o conexión de elementos electrónicos a la caseta del ascensor, donde se ubica a su vez la propia maquinaria para su funcionamiento, así entendemos que comporta alteración de la propia caseta. Si sólo protegía la maquinaria ahora alberga un sistema electrónico de conocimiento exclusivo para operarios de Airtel; en definitiva no se trata de adhesión a elementos ya existentes sino de creación y aparición de elementos usando uno ya existente -común- alterándolo.

Y, por lo expuesto, considera la Sala que el acuerdo no se adoptó válidamente por no concurrir acuerdo unánime de todos los propietarios -el propio actor es uno de los disidentes- resultando por tanto el acuerdo objeto de la litis, nulo de pleno derecho.

QUINTO.- Las conclusiones anteriores comportan la estimación del recurso de impugnación planteado por el actor Don J.C.C.R., siendo innecesario e imposible el examen de las demás cuestiones planteadas tanto por esta parte, como por Airtel SA., al comportar la nulidad del acuerdo por la cuestión adoptada - permitir el uso o arriendo a la empresa Airtel, de parte de la azotea para instalación de una estación base para antena de telefonía móvil- el efecto de quedar sin mayoría suficiente. Siendo desestimado implícitamente el recurso planteado por Airtel, SA..

SEXTO.- En cuanto a las costas de ambas instancias, no se efectúa expresa imposición al entender que la cuestión es de análisis interpretativo jurídico.

Vistos los artículos citados y demás y de general y pertinente aplicación y en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de Airtel Móvil, SA. y ESTIMANDO la impugnación interpuesta por la representación procesal de Don J.C.C.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de los de Bilbao, en autos de Juicio de Menor Cuantía n° 150/00, con fecha 9 de junio de 2.001, DEBEMOS REVOCAR COMO REVOCAMOS dicha resolución por los razonamientos expuestos y declaramos nulo el acuerdo de la comunidad de propietarios de la calle XXX, n° 24 de Erandio (Bizkaia), adoptado en fecha 10 de diciembre de 2.000. No se efectúa expresa imposición de las costas causadas, en ninguna de las dos alzadas.

Firme que sea la presente resolución devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con certificación de la misma, para su conocimiento y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.