Id Cendoj: 28079110012007100547
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2446/2000
Nº de Resolución: 556/2007
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PROPIEDAD HORIZONTAL.CONTRATO DE ARRENDAMIENTO PARA LA INSTACIÓN EN LA AZOTEA DEL INMUEBLE DE UNAS ANTENAS

***SENTENCIA***

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva , como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 127/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Huelva , cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora Doña Pilar López Revilla, en nombre y representación de Don Mauricio y Doña Estefanía , y como parte recurrida la Procuradora Doña Pilar Huerta Camarero , en nombre y representación de La Comunidad de Propietarios del Bloque NUM000 de la URBANIZACIÓN000 ,sita en El Portil , Punta Umbria (Huelva).

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador Don Alfredo Acero Otamendi, en nombre y representación de Don Mauricio , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Comunidad de Propietarios del Edificio NUM000 URBANIZACIÓN000 ", sito en El Portil , Punta Umbria (Huelva) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare la ilegalidad del acuerdo adoptado por la referida Junta de Propietarios con fecha 21 de marzo de mil novecientos noventa y ocho, dejando sin efecto el acuerdo por el que se otorga la autorización al Presidente de dicha Comunidad para suscribir contrato con la empresa Airtel Movil S.A. con condena en costas a la demandada. El mismo Procurador, Don Alfredo Acero Otamendi , en nombre y representación de Doña Estefanía , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra la citada Comunidad de Propietarios y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare la ilegalidad del acuerdo adoptado por la referida Junta de Propietarios con fecha 21 de marzo de mil novecientos noventa y ocho, dejando sin efecto el acuerdo por el que se otorga la autorización al Presidente de dicha Comunidad para suscribir contrato con la empresa Airtel Movil S.A. con condena en costas a la demandada.

3.-Por auto de fecha 15 de julio de 1998 se acordó la acumulación de los presentes autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Huelva bajo el número 146/98 a instancia de Estefanía contra la Comunidad de Propietario Edificio NUM000 URBANIZACIÓN000 ".

2.- La Procuradora Doña Inmaculada Prieto Bravo , en nombre y representación de Don Gaspar , en calidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios del Segundo NUM000 del conjunto Residencial " URBANIZACIÓN000 " de El Portil , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimatoria de la demanda , con expresa imposición de costas a la parte actora.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente.

Unidas estas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de (Huelva), dictó sentencia con fecha uno de febrero 1999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la demanda

interpuesta por la representación procesal de Don Mauricio y Doña Estefanía contra la Comunidad de Propietarios del Edificio NUM000 URBANIZACIÓN000 , sito en el Portil, Punta Umbria, debo declarar y declaro que es contrario a la Ley y nulo de pleno derecho el acuerdo de la Comunidad de Propietarios demandada de fecha de 21 de Marzo de 1998, en virtud del cual se autoriza al Presidente para suscribir contrato con Airtel Móvil S.A., condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, dejando sin efecto el acuerdo antedicho, y con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte La Comunidad de Propietarios URBANIZACIÓN000 Bloque NUM000 El Portil Punta Umbria (Huelva) la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por C.P. URBANIZACIÓN000 , Bloque NUM000 El Portil, representado en esta alzada por la Procuradora Sra.Prieto Bravo contra la sentencia dictada, en los autos a que se contrae el rollo de Sala y sus primer grado por el Ilmo.Sr.Magistrado Juez de Primera Instancia núm 4 de Huelva en fecha 1-II-1999 y revocar la indicada resolución en el sentido de desestimar la demanda con imposición de las costas de la primera de la primera instancia a la parte actora.

TERCERO.- 1.- La Procuradora Doña Pilar López Revilla, en nombre y representación de D. Mauricio y Doña Estefanía interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS : PRIMERO.- Por Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la infracción de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate:A) En cuanto al primero de los motivos, entiende esta representación que ha sido infringido los *artículos 396 del Código Civil* , los *artículos 7.2. 11 y 16.1º de la Ley de 21 de Julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal* , aplicable al momento en que se adoptó el acuerdo comunitario impugnado, por el que se exige la unanimidad de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. B) Vulneración de los *artículos 9. 3º de la Constitución* y *art.2.3. del Código Civil* , así como transgresión de los *artículos 1214, en relación con el 1225 y 1218* del mismo cuerpo legal. C) Infracción de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora Doña Pilar Huerta Camarero , en nombre y representación de La Comunidad de Propietarios del Bloque NUM000 de la URBANIZACIÓN000 " El Portil"· presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día tres de mayo del 2007, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El primer motivo de casación se formula por vulneración de los *artículos 7.2, 11 y 16.1ª de la Ley* de propiedad Horizontal en su redacción anterior a la *Ley 8/1999, de 6 de abril* , en el entendimiento de que, para la adopción del acuerdo aprobado por la Junta de propietarios de la Comunidad demandada, era necesario el voto favorable de la unanimidad y no de la mayoría de los asistentes, que tomó en cuenta la sentencia, por tratase de la autorización para la firma de un contrato de arrendamiento para la instalación por el arrendatario de una base repetidora de telefonía móvil, que conlleva la alteración de elementos comunes.

El motivo se desestima. La cubierta- azotea de un edificio sujeto al régimen jurídico de propiedad horizontal es un elemento común, por así disponerlo el *artículo. 396.1 del CC* , y como tal de uso común por los propietarios del inmueble. Ahora bien, ello no impide que se pueda disponer acerca de su uso a favor de uno o varios titulares de departamentos, o de terceros ajenos a la comunidad, haciéndolo, como en este caso, a través de **un contrato de arrendamiento cuya celebración no precisa la unanimidad** de los propietarios , conforme al *art. 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal* , sino que basta el régimen de mayorías de su número 2 puesto que se trata de un acto de mera administración, y no de disposición, por un tiempo concreto, que no altera la naturaleza de la cubierta como elemento común y **no existe constancia alguna (nada dice la sentencia) de que la obra puede incidir en la estructura del edificio** o afectar a la configuración o estado exterior del edificio o de la cubierta, sino que incluso se trata de una instalación desmontable en un espacio carente de uso específico por los comuneros. Solución que responde a la adopción de un criterio flexible, en armonía con las líneas directrices de la

*Ley de 21 de julio de 1960* (atención a la realidad social de los hechos; función económico-social del régimen de propiedad horizontal; logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de la

justicia; y contemplación de las relaciones de vecindad, trascendencia de la materia y necesidades de la colectividad como factores valorativos para la decisión de problemas); criterio flexible que es, en definitiva, también contemplado en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por *Ley 8/1999, de 6 de abril* , como declaró la Sentencia de 5 de mayo de 2000 , en un supuesto de instalación de un cartel luminoso en la terraza del edificio.

SEGUNDO.-La sentencia no aplica en su fundamentación los *preceptos de la nueva regulación prevista por la Ley 8/1999* con efectos retroactivos, como se dice en el segundo motivo, lo que hace es contrastar una solución anterior con la nueva de la misma Audiencia y así se dice en su Fundamento Jurídico Primero."Ya se adelantó esta Sala a la reforma operada por *Ley 8/1999 de seis de abril* , de reforma de la *Ley 49/1960 de 21 de julio* , sobre propiedad horizontal, al señalar en sentencia de 17-XII-1.997, de A.P. de Huelva que, "no sería precisa la unanimidad, (por tratarse de un acuerdo de la comunidad), que **no afectaba a la estructura del edificio** pues se trata de instalaciones desmontables; pero sí precisaría mayoría...)", añadiendo que de aplicarse la nueva norma el acuerdo se hubiera aprobado puesto que gozaba del voto favorable de las 3/5 partes. Por lo demás, la discrepancia de la recurrente con una mayoría no probada o con una ausencia de los propietarios a la junta por no haber sido convocados, trae a colación una cuestión nueva que no ha sido sometida a la consideración de la Sala de instancia, lo que implica una inadmisible alteración del objeto de la controversia, en contra de los principios de preclusión y de audiencia (SSTS 1 de octubre 2004; 22 de marzo 2005 , entre otras).

TERCERO.- Tampoco la sentencia vulnera la jurisprudencia que se cita en el motivo tercero puesto que el acuerdo impugnado no supone desafectación de un elemento común, como es la cubierta del edificio, en la forma que señaló la sentencia de 29 de julio de 1.995 , antes al contrario, la azotea sigue teniendo la consideración de elemento común sin perjuicio del uso que durante un determinado tiempo se concede, previa prestación económica, a un tercero con la finalidad de instalar un elemento desmontable y en si mismo no permanente y ello reviste los caracteres propios de un acto de administración y, consecuentemente, exige únicamente, con arreglo al régimen general de acuerdos previsto en la *LPH , la mayoría por parte de los comuneros y de las cuotas de participación (artículo 16 I .2ª* LPH). Es cierto que **la jurisprudencia viene exigiendo la unanimidad para la cesión, incluso en arrendamiento** , de superficies comunes (SSTS 26 febrero 1996; 6 marzo y 8 octubre 1999 ), y también lo es que se mantiene un criterio bastante estricto de lo que ha de entenderse por "alteración" (sujeta al régimen de la unanimidad por modificación del título constitutivo) al comprender cualquier modificación en la disposición de las cosas comunes que implique un cambio de utilización y disfrute de las mismas o de sus elementos (STS 2 de abril de 1993 ), sin embargo en el supuesto que se enjuicia **no se limita el uso o utilización de ninguno de los copropietarios** (como en el caso de la STS de 3 de diciembre de 1993 ) ni se les priva de ventaja alguna, directa o indirecta (STS de 5 de mayo de 2000 ), **dado los términos en que ha sido planteado el debate en el que nada se adujo sobre el posible efecto perjudicial que dicha instalación pudiera conllevar a los bienes o a las personas al haberse planteado la nulidad del acuerdo exclusivamente por la alteración de los elementos comunes y la necesidad de unanimidad para su aprobación.**

CUARTO.- No estimándose procedente ninguno de los motivos del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo y, conforme al *art. 1715.3 LEC de 1881* , se imponen a la parte recurrente las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dª Pilar López Revilla, en la representación que acredita de D Mauricio y Doña Estefanía , contra la sentencia dictada con fecha 23 de Marzo de 2000 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva , imponiendo a dicha parte las costas causadas por el recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Román García Varela .-José Antonio Seijas Quintana .- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.