

Roj: **STS 5547/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5547**Id Cendoj: **28079110012011100544**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/07/2011**Nº de Recurso: **218/2008**Nº de Resolución: **546/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, los recursos de casación que con el n.º **218/2008** ante la misma pende de resolución, interpuestos por la comunidad de propietarios de la PLAZA000 , n.º NUM000 de Madrid aquí representada por la procuradora D.ª Ana Isabel Arranz Grande y por Telefónica Móviles España aquí representada por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2007 en grado de apelación, rollo n.º 800/2006 por la Audiencia Provincial de Madrid Sección 9 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1147/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Gustavo Gómez Molero en nombre y representación de D.ª Gloria .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid dictó sentencia el 27 de julio de 2006 en el juicio ordinario n.º 1147/2005 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. Gloria contra la Comunidad de Propietarios del edificio sito en el n.º NUM000 de la PLAZA000 , absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas de contrario. Las costas del presente procedimiento se imponen a la demandante salvo las causadas a la entidad Telefónica Móviles España, S.A., con respecto a las cuales no se realiza especial pronunciamiento.»

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«Primero.- Son hechos acreditados por la prueba documental aportada que la demandante, Dña. Gloria , es propietaria de la vivienda sita en el piso NUM001 NUM002 del edificio sito en el n.º NUM000 de la PLAZA000 . En Junta General Extraordinaria celebrada el 9 de junio de 2005, en el punto 2.º del orden del día, la Comunidad de Propietarios demandada acordó conceder autorización para la instalación de una antena de telefonía móvil con el voto favorable de los diez propietarios asistentes a la Junta y el voto en contra de Dña. Gloria , con un coeficiente de participación del 5,86% y de D. Luis , con un coeficiente del 4,82%. Los dos propietarios ausentes no se opusieron al acuerdo. En virtud de éste por el Presidente de la Comunidad de Propietarios se suscribió con la entidad Telefónica Móviles España, S.A. un contrato de arrendamiento sobre la superficie de la azotea necesaria para la instalación de equipos de telecomunicación así como sus elementos accesorios, antenas de telefonía móvil. En virtud de dicho contrato la entidad arrendataria procedió a instalar en la azotea una estación base de telefonía móvil habiendo obtenido para ello las preceptivas autorizaciones administrativas.

»Segundo.- El art. 18.1 de la LPH determina que "los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los tribunales de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos:



- a) Cuando sean contrarios a la ley o a los estatutos de la comunidad de propietarios.
- b) Cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios.
- c) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho."

El demandante impugna el acuerdo adoptado en el punto segundo del orden del día de la Junta General Extraordinaria celebrada el 9 de junio de 2005 alegando los motivos contemplados en los apartados a) y c) del art. 18 de la LPH .

Con respecto al primer motivo de impugnación invocado alega el actor que el acuerdo debió adoptarse por unanimidad al afectar a un elemento común como la azotea y a la estructura del edificio.

Si bien inicialmente se consideró que la instalación de este tipo de antenas, en las cubiertas del edificio, requerían el acuerdo unánime de todos los propietarios al ser aquélla un elemento común y para la realización de obras que alteren tales elementos se requiere la unanimidad de los propietarios, entre otras STS de 8 de marzo de 1999 y STS de 13 de septiembre de 2002 , como se expone en la ST de la AP de Madrid de fecha 10 de noviembre de 2004 "tras la reforma introducida en la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/1999, de 6 abril, se modificó su art. 17 en el sentido de disponer, en su norma 1.ª, que la unanimidad sólo es exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad; y añadiendo que "el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación" y en el mismo sentido se pronuncia la St. de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 12 de abril de 2004 al estimar que "tanto el acuerdo afecte a una parte de la azotea del edificio que no tenga un uso específico en los estatutos, o por el contrario se trate de una parte de la azotea que forma parte de la vivienda destinada al portero como terraza de dicha vivienda, hecho alegado por la actora pero que no ha sido acreditado en los autos, el acuerdo que se pretende impugnar puede tal como se hizo, acordarse por mayoría de 3/5, puesto que el artículo 17.1 de la LPH ha de ser interpretado de una forma conjunta, por lo que si es suficiente la mayoría de 3/5 para la adopción de acuerdos que supongan el establecimiento y supresión de servicios generales como el ascensor, portería, etc., tal mayoría debe ser exigida también cuando suponga alterar o modificar en su caso la prestación de tales servicios, o bien los elementos destinados a dicho servicio, sin que sea necesario por lo tanto que tales acuerdos sean adoptados por unanimidad" siendo además de destacar que el actor no ha acreditado, como le incumbe, art. 217 de la LEC , que la instalación de la estación de telefonía móvil afecte a la estructura del edificio, el informe de la ITV de 20 de noviembre de 2001 reseña únicamente unos defectos constructivos leves en la impermeabilización del edificio que según afirma el Presidente de la Comunidad de Propietarios han sido ya reparados, ni consta probado que el edificio no sea apto para soportar el peso de la estación de telefonía móvil ni consta tampoco probado que el aspecto exterior del edificio se vea afectado.

Por otra parte alega la actora que no debió computarse el voto de D. Amador pues no se encontraba al corriente de todas las cuotas vencidas. El art. 15.2 de la LPH determina que "los propietarios que en el momento de iniciarse la junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrán derecho de voto. El acta de la Junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley". La privación del derecho a voto es una facultad de la Junta de Propietarios que ha de constar en el acta y lo cierto es que en la Junta de fecha 9 de junio de 2005 se hizo constar que D. Amador adeudaba 35,20 euros pero nada se dijo por ninguno de los asistentes con respecto a la privación del derecho de voto, cuestión que, por otra parte, no afectaría a la mayoría legalmente exigida pues a los siete votos a favor han de sumarse los dos propietarios que no asistieron y no se opusieron al acuerdo.

Seguidamente alega el demandante que el acuerdo requería su consentimiento al ser un propietario directamente afectado pues su piso es el inmediatamente inferior a la azotea. Como se expone en la ya citada ST de la AP de Madrid de 12 de abril de 2004 "con relación a este motivo de impugnación ha de ponerse de relieve que no basta la mera alegación por parte del propietario impugnante del acuerdo de que es directamente afectado por el mismo, dado que del art. 17.1 párrafo 2 , en su inciso último se deduce que se trate de una afección especial, es decir que sea superior y distinta al del resto de los copropietarios, puesto que todo acuerdo que suponga una alteración a destino distinto de un elemento común del inmueble supone



una afección y un efecto a todos los propietarios" incumbiendo la carga de la prueba al demandante, art. 217 de la LEC, y lo cierto es que en ningún caso ha quedado acreditado que la actora a su esposo padezcan algún problema de salud por las emisiones radioeléctricas sino todo lo contrario ya que el testigo perito D. Gaspar, recogiendo un informe de la Organización Mundial de la Salud de diciembre de 2005, afirma que no existe ningún grupo de riesgo que pueda resultar afectado, que las normativas sanitarias protegen suficientemente a los ciudadanos frente a los campos electromagnéticos y que, incluso, los habitantes de la vivienda que se encuentra justo debajo de la instalación son quienes menos emisiones reciben y que únicamente podrán ocasionarse interferencias con marcapasos fabricados con anterioridad al año 1984, no constando que ni la demandante ni su esposo precisen de dichos aparatos por lo que no se estima que el acuerdo requiera el consentimiento de la actora.

»Tercero.- Invoca, a continuación el demandante, la causa de nulidad establecida en el apartado c) del art. 18 de la LPH, por entender que el acuerdo le causa un grave perjuicio al encontrarse la instalación justo encima del salón de su vivienda. No habiéndose probado por la demandante, como ya se ha dicho, que resulte afectada su vivienda en forma alguna por la instalación de telefonía móvil, requiriendo para su instalación únicamente unos agujeros en el peto de la terraza donde apoyar los dados de hormigón y, en su caso, una arqueta ni habiéndose probado que las emisiones radioeléctricas causen daño alguno a la salud ni que las viviendas y locales se hayan depreciado, el motivo de nulidad invocado ha de correr igual suerte desestimatoria que los anteriores.

»Cuarto.- En virtud de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC las costas del presente procedimiento se imponen al demandante salvo las causadas a Telefónica Móviles S.A. pues ninguna acción se ha ejercitado frente a ella habiéndose acordado su intervención como coadyuvante del demandado y a instancia de la citada mercantil.»

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Madrid Sección 9.ª, dictó sentencia el 23 de noviembre de 2007, en el rollo de apelación n.º 800/2006 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandante Doña Gloria contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2006 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de 1ª Instancia n.º 43 de Madrid en los autos de juicio ordinario allí seguidos con el número 1147/05, con revocación de dicha resolución y estimación a su vez de la demanda por ella entablada, debemos declarar y declaramos la nulidad del acuerdo de autorización para la instalación de una antena de telefonía móvil en la cubierta del inmueble adoptado en Junta General Extraordinaria de la Comunidad demandada celebrada el 9 de junio de 2005, con las consecuencias de ello derivadas respecto de los contratos que en tal orden se hubieran celebrado, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.»

CUARTO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara:

«No se aceptan los de la sentencia apelada sino en lo que pudieran concordar con lo que a continuación se dirá, y

»Primero.- No puede compartir la Sala las razones que llevan a la Juez "a quo" a desestimar la anulación del acuerdo que en la demanda se postula, no porque, habida cuenta la controversia científica respecto a la incidencia de la radiación electromagnética en la salud humana, quepa en este caso reputar acreditado que efectivamente la instalación controvertida pueda repercutir negativamente en el estado físico o mental de la accionante y de su esposo, por más que justifique sobradamente su reacción ante el acuerdo comunitario, atendidas las enfermedades de que una y otro adolecen, acuerdo por otra parte basado sin duda alguna, por cuanto de lo actuado se colige, en móviles estrictamente económicos, -10.800 euros anuales revisables cada año con arreglo al IPC-, ni tampoco porque se considere que dicha instalación puede poner en peligro la seguridad del inmueble, minando su resistencia, aspecto asimismo sin contrastar suficientemente, sino, sencillamente, porque consistiendo aquélla, según se dice en el contrato, en un basamento de estructura metálica u hormigón, para el reparto de cargas, que ocupará la superficie comprendida entre cuatro y seis pilares de la estructura del edificio, y en un sistema de antenas que se colocará sobre un mástil, o por medio de varias empalizadas, o bien en soportes individuales, según sea técnicamente más adecuado para el funcionamiento de la estación, amén de una o varias antenas parabólicas, cables coaxiales que unirán la caseta con las diferentes antenas situadas en la terraza, cableado de la acometida eléctrica, de telefonía, tomas de tierra y cualquiera otros elementos que sean necesarios, y sus accesorios, es claro que no cabe considerar todo ello como una simple cesión a cambio de precio de un espacio comunitario, sino como una verdadera e importante modificación estructural del edificio, -sólo la caseta con lo que va en su interior puede pesar unas cinco toneladas según manifestó el testigo-perito arquitecto que en el acto del juicio depuso-, que además afecta, tanto a la utilización en favor de un tercero del elemento común en que se instala, nada menos que por diez años prorrogables potestativamente por dos períodos sucesivos de cinco años, permitiendo además al arrendatario un derecho de paso continuo a través de la finca, ya para construir y poner en funcionamiento



la infraestructura, ya para su ulterior mantenimiento, conservación o modificación, cuanto al mismo título constitutivo y a los estatutos, al modificar el destino de la terraza e imponer a su vez al arrendador, esto es, al ente comunitario y, por lo mismo, a cada uno de los comuneros, caso de proceder a la venta o transmisión por cualquier causa de la totalidad o parte de la finca durante la vigencia del contrato, a hacer saber e "imponer" al nuevo propietario el compromiso de mantener plenamente vigente el mismo, hasta la fecha de su vencimiento, en las condiciones pactadas, lo que a juicio de la Sala, a diferencia del criterio mantenido por la Juzgadora de 1ª Instancia, precisa de la unanimidad a que se refiere en su párrafo inicial la primera de las normas que contiene el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, pues si bien es cierto que la mayoría de tres quintos del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, a que se refiere su párrafo segundo, contemplan también la posible modificación del título constitutivo o de los estatutos, es evidente que tales modificaciones vienen exclusivamente contraídas al establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, condición esta referida sin duda a los que han de recibir en su provecho la colectividad de los distintos propietarios del edificio, que mal cabe predicar de la instalación de una estación base de telefonía móvil que es el supuesto aquí contemplado, lo que hace innecesario entrar en el análisis del resto de los alegatos por la recurrente articulados, ya que la infracción de las normas y garantías procesales que denuncia como último motivo de su apelación jamás conllevaría la nulidad de actuaciones "subsidiariamente" suplicada, y sí, únicamente, el dejar de tomar en consideración las pruebas llevadas a cabo con tales infracciones, pues menester es no olvidar que el artículo 13.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estatuye que, admitida la intervención, no se retrocederán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que él mismo formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, permitiéndosele las alegaciones necesarias para su defensa que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso, y a utilizar los recursos que procedieran contra las resoluciones que estimare perjudiciales a su interés.

»Segundo.- No obstante comportar cuanto antecede la estimación tanto de la demanda rectora del procedimiento como del recurso, con la consiguiente revocación de la resolución combatida, las dudas de derecho derivadas de las distintas soluciones dadas al tema por nuestros tribunales aconsejan el no hacer especial imposición de costas en primera instancia, como consiente el artículo 394.1 de la citada Ley civil ritual, sin que proceda tampoco imponerlas en esta segunda, a la luz de lo que previene su artículo 398.2 .»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso presentado por la representación procesal de Telefónica Móviles España se formula, en primer lugar, un recurso extraordinario por infracción procesal del que el recurrente desistió y, a continuación un recurso de casación en base al siguiente motivo:

«Único. A. Infracción por aplicación indebida del artículo 17 de la LPH »

Alega el recurrente, en síntesis:

1. El artículo 17.1 LPH, exige el voto favorable de 3/5 partes de los propietarios para arrendar elementos comunes que no tengan asignado un uso específico en el inmueble.
2. La instalación de la antena de telefonía móvil en la azotea se ha acordado en virtud de un contrato de arrendamiento, por lo que este mero acto de administración sobre una pequeña superficie de un elemento común no precisa la unanimidad de los copropietarios para su validez.
3. No ha quedado probada que la estructura del edificio se haya visto afectada. ni que la antena ocasione un perjuicio al actor, tal y como expone la sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia.
4. La decisión de la Audiencia Provincial es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 22 de mayo de 2007 y a la jurisprudencia de Audiencias Provinciales, contenida en las sentencias siguientes: sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5ª, de 13 de mayo de 2003, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª de 16 de julio de 2001, sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 13 de marzo de 2002, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 17 de octubre de 2005.

En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la PLAZA000, n.º NUM000 de Madrid se formula el siguiente motivo:

«Único. Infracción por indebida aplicación del artículo 17 LPH vigente, Ley 8/1999 de 6 de abril »

Alega la parte recurrente, en síntesis:

1. La sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 5 de mayo de 2000 y 22 de mayo de 2007, en las que se establece que el arrendamiento de un elemento común, cuando no



se limita su uso o se priva del mismo a un propietario ni se ocasiona un perjuicio, es un acto de administración, por lo que no es necesario el consentimiento unánime de los copropietarios.

2. No se ha probado que la instalación de la antena de telefonía en el edificio ocasione un perjuicio al actor sino que la mayoría de los vecinos consideran adecuado el arrendamiento de la azotea para su instalación con el fin de obtener un ingreso que les permita afrontar los gastos de mantenimiento y conservación del edificio.

SEXTO.- Por auto de 6 de octubre de 2009 se acordó admitir los recursos de casación y no tener por desistida a Telefónica Móviles España S.A. del recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D.^a Gloria se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1. El recurso formalizado por Telefónica Móviles España, S.A., está incorrectamente preparado, pues se limita a citar una sola sentencia del Tribunal Supremo y respecto a la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales ninguna de las que identifica ha sido citada por el mismo Tribunal.

2. El recurso formalizado por la comunidad de propietarios de la PLAZA000 , n.º NUM000 se funda en la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo fijada en dos sentencias, una de las cuales nada tiene que ver con el supuesto de hecho que ahora es objeto de enjuiciamiento.

3. La Audiencia Provincial funda su decisión en el hecho probado de que la instalación de la antena de telefonía afecta a la estructura del edificio y a su configuración, por lo que para su válida instalación es necesario el consentimiento unánime de los propietarios.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 29 de junio de 2011, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LPH, Ley de Propiedad Horizontal.

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El Juzgado de Primera Instancia desestimó una demanda por la que el propietario de una vivienda integrada en el régimen de propiedad horizontal solicitaba se declarara la nulidad del acuerdo comunitario en virtud del que se había acordado la instalación de una antena de telefonía móvil en la azotea del edificio.

2. Consideró, en síntesis, que el acuerdo había sido aprobado con la mayoría suficiente porque la instalación de la antena constituía un acto de administración y el actor no había acreditado que su colocación afectara a la estructura o seguridad del edificio ni que pudiera causar daño a los vecinos, por lo que no era precisa la unanimidad para su válida adopción.

3. La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación.

4. Consideró, en síntesis, que el acuerdo necesitaba del consentimiento de todos los copropietarios, ya que se había aprobado plenamente que la instalación de antena de telefonía afectaba a la estructura del edificio y a su configuración exterior.

5. Los demandados han interpuesto sendos recursos de casación al amparo del artículo 477.2.3º .

SEGUNDO.- *Admisibilidad del recurso.*

La parte recurrida alega en el escrito de oposición a los recursos el carácter inadmisibles de los mismos, por concurrir diferentes causas de inadmisión. Estas alegaciones serán examinadas en relación con los recursos de casación formulados.

TERCERO.- *Enunciación los recursos de casación.*

Los dos recurrentes plantean la misma cuestión jurídica a través de sus diferentes escritos circunstancia que aconseja que ambos recursos sean resueltos de modo conjunto.



El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica Móviles España se introduce con la siguiente fórmula:

«Único. A. Infracción por aplicación indebida del artículo 17 de la LPH »

Alega el recurrente, en síntesis, que el artículo 17.1 LPH , establece la suficiencia de una mayoría cualificada para que la comunidad pueda arrendar elementos comunes que no tengan asignado un uso específico en el edificio. Además, según señala, no ha quedado acreditado que la estructura del inmueble se pueda ver afectada por la instalación de la antena de telefonía ni se ha probado que pueda causar un perjuicio al recurrido, lo que exige concluir que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta Sala, contenida en la sentencia de 22 de mayo de 2007 y a la jurisprudencia de Audiencias Provinciales, contenida en las sentencias siguientes: sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5ª, de 13 de mayo de 2003 , sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª de 16 de julio de 2001 , sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 13 de marzo de 2002 , sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 17 de octubre de 2005 .

El motivo único del recurso de casación presentado por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la PLAZA000 , n.º NUM000 de Madrid se introduce con la siguiente fórmula:

«Único. Infracción por indebida aplicación del artículo 17 LPH vigente Ley 8/1999 de 6 de abril »

Alega la parte recurrente, en síntesis, que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias de 5 de mayo de 2000 y 22 de mayo de 2007 , relativa a que el arrendamiento de un elemento común, cuando no se limita su uso o se priva del mismo a un propietario ni se ocasiona un perjuicio, es un acto de administración, por lo que no es necesario el consentimiento unánime de los copropietarios. Añade la parte recurrente que no se ha acreditado, conforme establece la sentencia de primera instancia, que la instalación de la antena de telefonía en el edificio ocasione un perjuicio al actor sino que la mayoría de los vecinos consideran adecuado el arrendamiento de la azotea para su instalación con el fin de obtener un ingreso que les permita afrontar los gastos de mantenimiento y conservación del edificio. Igualmente alega esta recurrente que existe interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales pues la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, establece en sus sentencias de 25 y 18 de marzo de 2002 la necesidad de que la instalación de una antena de telefonía se apruebe con el consentimiento unánime de los copropietarios, mientras que las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 15 de abril de 2002 y 23 de marzo de 2000 , consideran suficiente la mayoría de 3/5

Los dos recursos de casación deben ser desestimados.

CUARTO.- Propiedad Horizontal . Mayorías exigibles: arrendamiento de espacio común y alteración de la estructura del edificio.

A) La cuestión jurídica que se trae ante esta Sala, se centra en determinar si la colocación de una base de telefonía móvil en la azotea de un edificio integrado en el régimen de propiedad horizontal necesita, para su válida aprobación, del consentimiento unánime de los propietarios. Los recurrentes defienden, que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, pero además, que la solución que ofrece la sentencia recurrida, se opone a la doctrina de esta Sala, que, con carácter general ha establecido que el arrendamiento de un espacio común, cuando no supone la alteración de su uso o el perjuicio de uno o varios copropietarios, se configura como un mero acto de administración, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 LPH , no precisa del consentimiento unánime de la comunidad. Más en particular, se cita una sentencia dictada por esta Sala (STS de 22 de mayo de 2007 [RC n.º 2446/2000]), en la que se establece de manera expresa que la colocación de este tipo de instalaciones en las azoteas, a través de contratos de arrendamiento celebrados entre las empresas de telefonía y la comunidad, es un acto de mera administración que en aplicación del artículo 17.1 no precisa de la unanimidad para su válida aprobación.

B) La sentencia recurrida no se aleja en sus razonamientos de esta doctrina, pues no niega que el arrendamiento de la azotea, como acto de administración, pueda ser acordado con el consentimiento mayoritario de los copropietarios. La sentencia de 22 de mayo de 2007 , tras calificar como un arrendamiento el contrato por el que una comunidad de propietarios acordó instalar una antena de telefonía en la azotea del edificio, señala que en el caso que examina, no se ha probado que la configuración o estructura del edificio se hayan visto afectadas por su instalación. Así se declara en su Fundamento de Derecho Primero, «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.»

El argumento en que la sentencia recurrida sustenta su decisión de estimar la demanda, se centra en que la colocación de las instalaciones descritas en el contrato suscrito entre la comunidad y la entidad Telefónica Móviles España, no resulta ser una simple cesión a cambio de un precio de un espacio comunitario, sino que conforme a su descripción constituye una modificación estructural. Tal efecto en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, razona la Audiencia Provincial, supone que el consentimiento debe ser unánime, sin que pueda aplicarse el régimen de las mayorías descrito en el artículo 17 LPH, pues la modificación de los estatutos o del título constitutivo solo podrá acordarse por mayoría de 3/5 cuando se trate de establecer o suprimir determinados servicios dentro de los que no se puede incluir la instalación de la estación base de telefonía móvil descrita en el contrato que liga a la compañía de telefonía y a la comunidad. Los razonamientos de los dos recurrentes no atacan tal conclusión, sino que se limitan a insistir en el hecho de que los actos de mera administración no exigen la unanimidad, y que la instalación de la antena de telefonía se configura como un mero arrendamiento, sin tener en cuenta que, en el caso que se examina, la Audiencia Provincial ha fijado la necesidad del consentimiento unánime para adoptar un acuerdo que constituye una alteración estructural del edificio, debido al modo en que tal instalación va a ser ejecutada, conforme a los hechos que la Audiencia Provincial declara probados.

QUINTO.- Costas.

Desestimado en su integridad los recursos, las costas deben imponerse a los recurrentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

FALLAMOS

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la comunidad de propietarios de la PLAZA000, n.º NUM000 de Madrid y se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A. contra la Sentencia dictada el 8 de febrero de 2007 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), en el rollo de apelación n.º 800/2006, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandante Doña Gloria contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2006 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de 1ª Instancia n.º 43 de Madrid en los autos de juicio ordinario allí seguidos con el número 1147/05, con revocación de dicha resolución y estimación a su vez de la demanda por ella entablada, debemos declarar y declaramos la nulidad del acuerdo de autorización para la instalación de una antena de telefonía móvil en la cubierta del inmueble adoptado en Junta General Extraordinaria de la Comunidad demandada celebrada el 9 de junio de 2005, con las consecuencias de ello derivadas respecto de los contratos que en tal orden se hubieran celebrado, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.»

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de cada uno de los recursos de casación a las partes recurrente

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Roman Garcia Varela. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.