

## SENTENCIA DEL JUICIO ENTRE UNA FAMILIA DE ERANDIO CONTRA AIRTEL Y LA COMUNIDAD DE VECINOS DE FECHA 9/06/01 – CAUSA CIVIL.

La importancia de la Sentencia del caso de Erandio (Vizcaya) en el País Vasco va más allá de lo que puede ser un conflicto de mayor o menor trascendencia entre un vecino y su Comunidad de Propietarios.

Resulta que se trata de una de las primeras Sentencias, en que su objeto principal es la instalación de una antena de telefonía móvil, en este caso AIRTEL, y también un caso en que la parte más débil obtiene un pronunciamiento favorable frente a una operadora de telefonía móvil y de sus intereses.

Un vecino se enfrenta con la Comunidad de Propietarios de su edificio porque ésta había decidido alquilar elementos comunes a la terraza del edificio (“cubierta de la caseta del cuarto de maquinas de los ascensores”) a la operadora para instalar lo que se conoce técnicamente como una estación base de telefonía móvil.

Interesa estudiar los motivos y circunstancias que pudieron llevar a un Juez a decidir o resolver en contra de una operadora de telefonía móvil y sus intereses. Si analizamos la Sentencia, observamos que su motivación tiene muy presente uno de los temas claves para la materia que estudiamos; la salud de las personas es el núcleo principal que preocupa al Juez y la protección de la salud de una menor, la hija del demandante, Sr. Carlos Castro, es decisiva.

Observamos que en un juicio la cuestión prioritaria es aportar pruebas y en este sentido es donde la contundencia de ciertos estudios, los dictámenes periciales y lo que piensan los científicos y los médicos en el tema que nos ocupa será trascendental para obtener una sentencia o una decisión “FALLO” favorable a los intereses de quien defiende la tesis de que las antenas de telefonía móvil son o pueden ser perjudiciales por la salud de las personas.

El caso de Erandio que se atiende en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Bilbao de fecha 9/6/2001 es el de la familia Castro que, afectada por una antena, contó con el espaldarazo, apoyo del exdirector del Centro de Psiquiatría Nacional y del Hospital Psiquiátrico de Zamudio (Vizcaya), Dr. Ángel González Guija, quien se encargó de certificar el mal efecto que las antenas de telefonía móvil pueden llegar a causar en una persona con problemas nerviosos.

“TERCERO.- Versión judicial de los hechos.

...

3.- La hija menor del actor, Aroia Castro Clavet, que tenía siete años al momento de adoptarse el acuerdo comunitario que se impugna, y que convive con sus padres, está diagnosticada de síndrome de trastorno por déficit de atención con hiperactividad

(ICD-9: 314.01), y pertenece desde el 21 de junio de 1999 a la Asociación Hiperactivos con Déficit de Atención.

*Supuesta la identificación de la dolencia, que no es patología somática, se tiene por acreditada, con base al certificado médico del especialista en psiquiatría Dr. Ángel González Guija (documento n14 9 de la demanda), ratificado por su autor en prueba testifical. Varios certificados médicos, acompañados con la demanda, y unidos desde la probanza de la comparecencia del art. 734 LELC en el proceso cautelar (Dres. Jiménez, Beitesgui, y Beltrán)."*

Nos resulta muy interesante que el Juez entre a considerar las mediciones realizadas por el especialista Sr. Raúl de Rosa.

“TERCERO.- Versión judicial de los hechos.

...

2.- En la vivienda del demandante, en funcionamiento la antena de telefonía móvil, se reciben las radiaciones no ionizantes que se emiten por parte de la azotea, ya que tienen una terraza a la que se abren las ventanas de las habitaciones, y la densidad de campo es de 0.4 microvatios ( $\mu\text{W}/\text{cm}^2$ ) para la terraza, y de 0.3  $\mu\text{W}/\text{cm}^2$  para las habitaciones del matrimonio y de la niña. En el casetón de la maquinaria de ascensores, el campo asciende a 39 vatios (w) / m<sup>2</sup>.

***Ello dimana de la medición efectuada por el investigador Raúl de la Rosa, testigo en autos, el 2 de noviembre de 2000, que se documentó e incorporo a los autos como diligencia para mejor proveer el 23 de enero de 2001. Se trata de una prueba documental sobre hechos posteriores al periodo probatorio, cuya admisibilidad deriva de la inanidad de la medición del servicio de Inspección del Ministerio de Fomento, y de la diligencia de la parte, a la que nada importan los hechos, que fueron el uso concreto de un aparato medidor que describe. El informe oficial, además de que no contesta a los extremos por los que se interrogaba al organismo competente -al que llegó por varios reenvíos-, y utilizó el 24 de octubre de 2000 un medidor de campos cuyo umbral mínimo era de 001 milivatios (mw) / cm<sup>2</sup>, que no sirve para calibrar los campos que se discuten, que son de microvatios (mil en un milivatio) o nanovatios (un millón en un milivatio)."***

También nos resulta curioso, después de haber estudiado la Recomendación del Consejo de Europa 1999/519/CE, que el texto de la Sentencia haga alusión a la referida norma en los términos que siguen:

“Actualmente, no hay normas ni recomendaciones internas en el Reino acerca de niveles reglamentarios de exposición a campos electromagnéticos, si bien se esta elaborando un reglamento al respecto, mediando la Directiva 1999/519/CE de la Unión Europea

(DOCE de 30 de julio de 1999), que fija una limitación para el público en general por relación con las frecuencias de emisión. Para la emisión de más alta frecuencia del caso n 14 24 de la calle Obieta de Erandio, no sería superior la potencia al límite recomendado desde Europa, ni siquiera en el casetón de la antena.

Ahora bien, tampoco hay un protocolo de procedimiento de medición, y las reglamentaciones que van surgiendo en los niveles locales y nacionales son mucho más restrictivas, según lo documentado. El mismo informe que aportó la Comunidad demandada con su contestación, y que suscribe el testigo Sr. Garro Rementería, abona **límites de exposición en Canadá o Rusia de 1  $\mu\text{w}/\text{cm}^2$ .**””

Tenemos que recordar que la fecha en que se interpone la demanda es 10 de marzo de 2000. Y cabe también destacar que se haga referencia a límites de exposición de Canadá y Rusia de la orden de 1 microWatio/cm<sup>2</sup>. Toda una novedad.

Nos vuelve a sorprender la contundencia de la Sentencia en que el Juez hace suya la conclusión de que los campos electromagnéticos y las radiaciones no ionizantes resultan sospechosos y del hecho que hay un riesgo más que evidente de posible afectación al sistema nervioso.

#### **“TERCERO.- Versión judicial de los hechos.**

....

**4.- Los campos electromagnéticos en general, y las radiaciones no ionizantes, de baja potencia y alta frecuencia, de la telefonía móvil en particular, resultan razonablemente sospechosos de no ser anodinos con relación a la salud de los seres humanos que se expongan permanentemente a los mismos, hallándose el campo menos dudoso de probabilidad patológica en la afectación del sistema nerviosa, y el riesgo más evidente, de confirmarse la sospecha, para los niños, cuyos órganos evolucionan en crecimiento y conformación.**

*Tal es la conclusión que deduce el juzgador del acopio de opiniones documentadas, y de testimonios prestados en la causa, que ha repasado con el detenimiento que permite su empleo, habida cuenta que, a pesar de sus esfuerzos por encontrar un perito médico especialista en neurología pediátrica (de suyo, prueba para mejor proveer de rigurosa instrucción Tal es la conclusión que deduce el juzgador del acopio de opiniones documentadas, y de testimonios prestados en la causa, que ha repasado con el detenimiento que permite su empleo, habida cuenta que, a pesar de sus esfuerzos por encontrar un perito médico especialista en neurología pediátrica (de suyo, prueba para mejor proveer de rigurosa instrucción judicial, con la que el disponente no comulga, ya que no pertenece a los principios dispositivo y de aportación de parte de un proceso civil que*

*no dilucida objeto de orden público), no se ha encontrado quien acepte el encargo.”*

Fue ejemplar el resultado de este caso, que llevó al efectivo cumplimiento por parte de la operadora AIRTEL y de la Comunidad de Propietarios de lo que se ordenaba por la justicia. El mes de marzo de 2001 la antena fue clausurada y desconectada y, finalmente en fecha 14 de marzo de 2003 se retiró totalmente la instalación de antenas que perjudicaba de manera efectiva la salud de la familia Castro, una vez confirmada la primera Sentencia, que ratificó la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que resolvió el recurso de apelación en noviembre de 2002.

El abogado José Alberto Arrate puntualiza que, tal y cómo consagra la Constitución, la salud es prioritaria en frente a intereses económicos y que Airtel instaló la antena con pleno conocimiento del hecho que tendría que pleitear, de forma que la operadora actuaba con evidente “mala fe”, por la vía de los hechos consumados.

Estudiar la Sentencia de la audiencia Provincial de Vizcaya también nos puede llevar a conclusiones sugerentes de orden civil.

Se acompañan la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Bilbao de 9/06/2001 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya d2 24/10/2003.

ATENCIÓN. Sentencia corregida

**Sentencia completa del juicio de ERANDIO, contra la compañía Airtel y la comunidad de vecinos.  
27/06/01**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 2. BILBAO

Barroeta Aldamar, 10  
Menor Cuantía n 150/00  
N.I.G. n 48.04.2-00/007771

En la Villa de Bilbao, a nueve de junio de dos mil uno.

Habiendo visto el Ilmo. Sr. D.EDORTA J. HERRERA CUEVAS, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n142 de Bilbao y su partido, los presentes Autos de Juicio de Menor Cuantía n14 150/00, seguidos entre partes, de la una y como demandante CARLOS CASTRO ROYO, representado por el Procurador de los Tribunales GERMAN ORS SIMÓN, y dirigido por el Letrado José Alberto Arrate Ormaetxea, y de la otra como demandados, la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL N1424 DE LA CALLE OBIETA DE ERANDIO, representada por el Procurador de los Tribunales ALFONSO JOSÉ BARTAU ROJAS, asistida por el Letrado Ricardo Pérez Toledo y AIRTEL MÓVIL, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales JAVIER ORTEGA AZPITARTE, y asistida del Letrado Alberto Pérez-Solano Arqués, ha pronunciado:

En nombre de S.M. El Rey La siguiente

**SENTENCIA**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Con fecha 10 de marzo de 2000, bajo la representación del Procurador Sr. Ors, por Carlos Castro Royo, se formuló demanda contra la Comunidad de propietarios del n14 24 de la calle Obieta de Erandío, que presentada a reparto correspondió a este Juzgado en la que, tras invocar un fáctico esencialmente integrado por la ilicitud del acuerdo comunitario de 10 de diciembre de 1999 que autorizó la cesión de parte de la azotea del edificio para la instalación de una antena emisora de telefonía móvil, por modificar título constitutivo sin unanimidad, y por el perjuicio de las radiaciones electromagnéticas en la salud de la hija del actor, de siete años, explayaba los fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, y terminaba suplicando que se declare la nulidad de dicho acuerdo, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

**SEGUNDO.-** Por propuesta de providencia de 21 de marzo de 2000 se tuvo por presentada la demanda y documentos con ella aportados, así como por promovido juicio de menor cuantía, emplazado a la parte demandada para que compareciese contestando a la demanda en término de veinte días, si fuere de su conveniencia, bajo apercibimiento de declaración de rebeldía procesal en otro caso.

**TERCERO.-** Con fecha 28 de abril de 2000, la Comunidad de Propietarios demandada compareció en Autos postulando por mediación del Procurador de los Tribunales Sr. Bartau, y contestó a la demanda, con excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, oponiéndose a los hechos y su fundamentación jurídica, y solicitando que no se entrara a resolver el fondo del asunto, o subsidiariamente, la desestimación y absolución libre, con condena en costas de la actora, lo que se tuvo por verificado en tiempo y forma en propuesta de providencia del día 4 de mayo de 2000, en la que asimismo se citaba de la comparecencia prevenida en el art. 691 LECiv 1881.

**CUARTO.-** Celebrada la comparecencia el 26 de mayo de 2000, con asistencia de los causídicos de las partes, no se produjo avenencia, y sin que se observara defecto procedimental subsanable, se recibió el pleito a prueba. **QUINTO.-** Abierto el primer periodo probatorio, propusieron ambas partes por escrito la prueba que fue de su interés, admitiéndose en sendas providencias de 24 de julio de 2000 para cada ramo separado toda la documental, despachándose los oficios interesados, y verificándose requerimiento a tercero, las confesiones judiciales de demandante y del representante legal de la demandada, y las testificales, y por auto de 15 de septiembre de 2000 recaído en el ramo de la parte demandada, después del traslado del art. 612 LECiv 1881, se declaró la pertinencia de la pericial de un arquitecto técnico en los términos en que venía expuesta y ampliada por la actora.

**SEXTO.-** Precluido el periodo probatorio según delata diligencia de ordenación de 24 de octubre de 2000, se convocó a las partes para manifestación de la prueba unida a autos y se les confirió traslado para trámite de resumen de pruebas, que evacuaron mediante sendos escritos, dejándose el proceso para decisión de S.S» en diligencia de ordenación de 30 de noviembre siguiente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 21 de diciembre se acordaron diligencias para mejor proveer, de unión de despachos cumplimentados y de pericial de médico especialista en psiquiatría, perito que tuvo una primitiva designación el 3 de enero de 2001, habiéndose resuelto para mejor proveer además en providencia de 23 de enero de 2001, la unión de documento presentado por la parte actora y tener por reproducida en los autos principales la pieza de suspensión cautelar.

**OCTAVO.-** El 28 de febrero de 2001, se personó en el proceso la mercantil Airtel Móvil, S.A., con mandatario procesal Sr. Ortega, y se le tuvo por parte interviniente como demandada, en providencia de 5 de marzo siguiente, en coordinación con lo decidido en auto de 15 de febrero de 2001, recaído en la pieza separada de suspensión cautelar, cuyos escritos alegatorios de 13 y 20 de marzo, se repelieron por corresponderse con el trámite novedoso del art. 13.3 LEC.

**NOVENO.-** No ha habido perito médico que haya aceptado el cargo, ni los designados inicialmente, ni los que sucesivamente nombrara el decanato conforme al turno establecido con la nueva ley procesal, según consta en numerosas diligencias de la sra. Secretaria, habiéndose resuelto en providencia de 3 de mayo de 2001, unir testimonio de particulares de la pieza separada de suspensión cautelar, en que se celebró vista del art. 734 LEC, dictándose auto sobre el que pende recurso de apelación en un efecto, y evacuados escritos de alegaciones por los que pleitean en trámite de art. 342 LECiv 1881, los autos quedarán conclusos para dictar sentencia, según delata diligencia de ordenación notificada a las partes el 1 de junio pasado.

**DECIMO.-** Las formalidades que prescribe la ley para el presente juicio, que no se han observado, tampoco han procurado efectiva indefensión de ninguna de las partes.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Planteamiento de la litis.

Resulta pacífico que el actor, Carlos Castro, adquirió el piso 714 izda. del edificio n1424 de la calle Obieta de Erandio, pasando a formar parte de la comunidad de propietarios demandada, en el verano de 1999, y que en junta de propietarios de esta comunidad se aprobó por mayoría aplastante de los comuneros que concurrieron (10 sobre 12) y solo 2 disidencias, la del actor y la del vecino de 314 izda. , la cesión del uso de elementos comunes a la empresa AIRTEL MÓVIL S.A., a fin de que esta instalara una estación base de telefonía móvil en la azotea de la casa, concretamente sobre la caseta de la máquina del aparato elevador.

También son conformes las partes en que, como secuela de dicho acuerdo, se contrató el arrendamiento conforme a documento de 13 de enero de 2000, que había sido previamente aprobado por Junta de copropietarios del día 4 anterior, con la misma composición mayoritaria

de asistentes. El contrato supone un precio para la comunidad de 800.000 pesetas anuales, actualizables por periodo de cinco años iniciales mínimos.

El actor impugna el acuerdo desencadenador de la controversia por tres razones. 1.- Modificaciones del título constitutivo, al afectarse elementos comunes, como es la caja de ascensores, que tiene destino específico; 2.- Efectos que tienen las emisiones de radiación electromagnética, a que se exponen prolongadamente el Sr. Castro y su familia, especialmente la hija mejor, Aroia Castro Clavet, que tiene ahora 8 años, y se le ha diagnosticado un síndrome de trastorno por déficit de atención con hiperactividad; 3.- Depreciación de la vivienda recién adquirida por la injusta proximidad a una fuente de las antedichas radiaciones.

La comunidad demandada resiste la pretensión impugnatoria desde la base de que la emisión de radiaciones no ionizantes de la antena que se ha instalado en la porción arrendada de la azotea, es perfectamente inocua, se arregla a la legalidad vigente, y no perjudican la salud de la hija del actor, advirtiendo que el alegato del atentado a la salud solo se expresó a la junta de propietarios cuando las obras de instalación de la antena, llevando a efecto el contrato suscrito, ya estaban avanzadas. Se añade, en respuesta a los argumentos del actor, que no hay elemento común cuyo destino se modifique, puesto que la caseta del cuarto de maquinas de los ascensores, solo sirve con su techo de soporte de la antena, y no existe daño al comunero.

Tal es el objeto de la litis, que fija el actor con su demanda, y delimita el tema de prueba, en razón de la contestación de la demandada.

La interviniente o coadyuvante Airtel Móvil, S.A., apoya la postura de la comunidad de propietarios en el sentido de la legalidad del acuerdo impugnado, con la misma batería de argumentos, si bien contribuye, desde que se le ha tenido por comparecida en autos, ha remachar alegaciones y a acopiar más prueba.

## **SEGUNDO.- Óbices procesales.**

La comunidad demandada adujo desde un principio excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse traído a la litis a la mercantil Airtel Móvil, S.A.

De suyo, esta entidad es interviniente en el proceso para su última fase, en que incurre reenviada desde la pieza separada de medidas cautelares y su presencia, en la condición que se le ha concedido, y los argumentos vertidos en el proceso cautelar ante sus posturas de pretendida parte interesada en el mismo, contribuye precisamente a comprender que no existía, ni existe falta del debido litisconsorcio. Y otro asunto es que le correspondiera en su día sin apoyo positivo, que para juicios del nuevo régimen procesal ya se tiene (art. 13 LEC), una intervención adhesiva simple de la sociedad que es parte de una relación jurídica conexa y subordinada a la comunitaria de propiedad de casas por pisos en que se encaja la pretensión de la demanda. El pronunciamiento judicial que se echa en falta en la fase intermedia de la comparecencia del Menor Cuantía, debe entenderse emitido por este juzgador en las resoluciones de la pieza separada, que esto destacan. La jurisprudencia clásica funda la Institución del litisconsorcio -que sólo se asume pasivo- en dos razones: A) Evitar que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio; B) Impedir la posibilidad de sentencias contradictorias y sin posible ejecución. Como se ha observado por la doctrina, el primer fundamento se desdobra en dos planos: Uno previo de relación con los principios de contradicción y audiencia, y otro ulterior que es el de presuponer que hay efectos de cosa juzgada para terceros no presentes en el juicio, y además, colisiona ideológicamente con el segundo fundamento: si caben sentencias contradictorias será porque la cosa juzgada no se ha extendido al tercero cuya presencia en el juicio se omitió.

Por ello, la mejor doctrina, desterrando los clásicos argumentos, cumulativos y descoordinados de la jurisprudencia, destierro que esta tarda en recoger, establece que el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario, radica en la inescindibilidad de la relación jurídica material, que tiene una pluralidad de titulares y determina una legitimación plural, no individual o supraindividual. En el proceso que pretende debatir una relación jurídica plurisubjetiva, el principio (art. 24.1 CE) es que todos los titulares sean parte.

La inefectividad de la tutela judicial es la consecuencia de la falta de litisconsorcio necesario -la sentencia dictada vulnerándolo es ineficaz, respecto de quien debió ser litigante por no haberlo sido, y respecto de quienes litigaron porque, ejecutarla determinaría sin remedio un perjuicio para el preterido-, pero no su presupuesto. Así, condición preliminar de la sentencia de fondo, o presupuesto subjetivo del proceso, se encaja el litisconsorcio pasivo necesario entre las condiciones para la correcta constitución de la relación jurídica procesal (SSTS de 4 de julio de 1994, 19 de enero y 22 de julio de 1995, 5 de noviembre de 1996, 22 de mayo de 1998 y 31 de mayo de 1999).

Resulta muy evidente que Airtel Móvil, S.A. no pertenece a la relación jurídica tocante a la pretensión, ni existiría ninguna inefectividad para lo que se decida, sin que se condenara a dicha mercantil. Ésta es un tercero respecto de lo que se dirime, cuya eventualidad de intervención no recibía ningún tratamiento de LECiv 1881 (se rastreaba su presencia en la legitimación para plantear cuestiones de competencia del art. 71, y en el precepto del art. 260, sobre notificaciones de resoluciones judiciales a terceros), aunque tenía consagración legal en el ámbito civil material, asistemática (v.gr.: arts.12.2 y 14.3 Ley 62/78 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, arts. 72, 113, 127 y 154 de la Ley de Patentes y arts. 39 y 117 LSA, todos ya derogados), está bien estudiada por la doctrina, que apunta los antecedentes histórico legislativos castellanos de la coadyuvancia, y aunque no es aplicable al pleito el nuevo régimen del art. 13 LEC, venía recogida en la jurisprudencia (v.gr. SSTS de 25 de junio de 1190, 8 de abril de 1994, o 10 de junio de 1996).

La dogmática es bastante uniforme en el tema de la intervención de terceros, sobre la base de dos clasificaciones que no se excluyen, una primera que atiende a la justificación, y otra a la voluntariedad. Por lo que hace a la primera, cuando el tercero resulta titular de una relación jurídico material que sea conexas, pero incompatible con la deducida en el proceso, se habla de intervención principal. Si la cotitularidad es de la misma relación jurídico material que la llevada al proceso por una de las partes, se identifica como intervención litisconsorcial. Si la relación jurídico material en que participa el tercero resulta dependiente de la deducida en el proceso, de modo que ésta sea prejudicial respecto de aquella, constituyendo normalmente supuesto de hecho para su existencia o efectividad, la denominación es de intervención adhesiva simple.

La intervención del tercero en el caso de la principal, si se concibiera algún ejemplo en nuestro ordenamiento, se entiende que sea la armonía y economía procesal, como en los supuestos de acumulación en general. Las intervenciones litisconsorcial y adhesiva simple son asunto de tutela judicial efectiva: si el tercero ha de sufrir, sea de modo directo sea de modo reflejo, los efectos de la sentencia recaída en proceso habido "Inter. alios" se le ha de conceder la oportunidad de intervenir, defendiendo su interés o su derecho mediante la defensa del derecho cuestionado de una de las partes.

Obvio resulta que el tercero interviniente no puede personarse al fin de un proceso pretendiendo que se reinicie. En el presente juicio, se ha resuelto adecuadamente la intervención de Airtel Móvil, S.A, no ha habido otra mengua de tutela judicial que la derivada de que no hayan impetrado tempestiva y formalmente los interesados la de su derecho o interés, y no se produce un fenómeno litisconsorcial.

### **TERCERO.- Versión judicial de los hechos.**

Los hechos relevantes del proceso, partiendo del planteamiento del debate predicho, que son realmente controvertidos, y por ende, objeto propio de prueba (arts. 565 y 566 LECiv 1881), no son numerosos, y por el resultado de los medios probatorios adquiridos por el proceso, la versión judicial pivota sobre cuatro aseveraciones:

1.- Se ha instalado una estación emisora de radiaciones no ionizantes de telefonía móvil en un elemento común de la Comunidad, que es la cubierta de la caseta del cuarto de máquinas de ascensores del edificio, que está fotografiada en en el juego de documentos que se aportó en periodo de proposición en el ramo de la parte actora, estando adveradas las fotografías por su autor, el testigo fotógrafo profesional Manuel Ángel Macias Borrego.



La antena está anclada a la dicha cubierta, con unos vientos de sujeción a otros puntos de la cubierta general del edificio, y tiene un equipo electrónico conectado a la misma, y que se alimenta desde un cuadro en el interior de la caseta, a la que se tiene acceso, y en la que se ha practicado un boquete en una de las paredes, y abierto una puerta con carácter permanente (fotografías, y testifical del Sr. Garro Rementería, a la pregunta 8».B).

Sobre el particular de la instalación, existe una pericia técnica del ingeniero técnico Sr. Iriondo Gabilondo, en la pieza separada de medidas cautelares, ya que ha habido que verificar por la Comisión judicial el estado de la estación cuando se le privó de fluido eléctrico provisionalmente.

**2.- En la vivienda del demandante, en funcionamiento la antena de telefonía móvil, se reciben las radiaciones no ionizantes que se emiten por parte de la azotea, ya que tienen una terraza a la que se abren las ventanas de las habitaciones, y la densidad de campo es de 0.4 microvatios ( $\mu\text{W}/\text{cm}^2$ ) para la terraza, y de 0.3  $\mu\text{W}/\text{cm}^2$  para las habitaciones del matrimonio y de la niña. En el casetón de la maquinaria de ascensores, el campo asciende a 39 vatios (w) / m<sup>2</sup>.**

**Ello dimana de la medición efectuada por el investigador Raúl de la Rosa, testigo en autos, el 2 de noviembre de 2000, que se documentó e incorporo a los autos como diligencia para mejor proveer el 23 de enero de 2001. Se trata de una prueba documental sobre hechos posteriores al periodo probatorio, cuya admisibilidad deriva de la inanidad de la medición del servicio de Inspección del Ministerio de Fomento, y de la diligencia de la parte, a la que nada importan los hechos, que fueron el uso concreto de un aparato medidor que describe. El informe oficial, además de que no contesta a los extremos por los que se interrogaba al organismo competente -al que llegó por varios reenvíos-, y utilizó el 24 de octubre de 2000 un medidor de campos cuyo umbral mínimo era de 001 milivatios (mw) / cm<sup>2</sup>, que no sirve para calibrar los campos que se discuten, que son de microvatios (mil en un milivatio) o nanovatios (un millón en un milivatio).**

Actualmente, no hay normas ni recomendaciones internas en el Reino acerca de niveles reglamentarios de exposición a campos electromagnéticos, si bien se está elaborando un reglamento al respecto, mediando la Directiva 1999/519/CE de la Unión Europea (DOCE de 30 de julio de 1999), que fija una limitación para el público en general por relación con las frecuencias de emisión. Para la emisión de más alta frecuencia del caso n 14 24 de la calle Obieta de Erandio, no sería superior la potencia al límite recomendado desde Europa, ni siquiera en el casetón de la antena.

Ahora bien, tampoco hay un protocolo de procedimiento de medición, y las reglamentaciones que van surgiendo en los niveles locales y nacionales son mucho más restrictivas, según lo documentado. El mismo informe que aportó la Comunidad demandada con su contestación, y que suscribe el testigo Sr. Garro Rementería, abona límites de exposición en Canadá o Rusia de 1  $\mu\text{W}/\text{cm}^2$ .

**3.- La hija menor del actor, Aroia Castro Clavet, que tenía siete años al momento de adoptarse el acuerdo comunitario que se impugna, y que convive con sus padres, está diagnosticada de síndrome de trastorno por déficit de atención con hiperactividad (ICD-9: 314.01), y pertenece desde el 21 de junio de 1999 a la Asociación Hiperactivos con Déficit de Atención.**

Supuesta la identificación de la dolencia, que no es patología somática, se tiene por acreditada, con base al certificado médico del especialista en psiquiatría Dr. Ángel González Guija (documento n14 9 de la demanda), ratificado por su autor en prueba testifical. Varios certificados médicos, acompañados con la demanda, y unidos desde la probanza de la comparecencia del art. 734 LELC en el proceso cautelar (Dres. Jiménez, Beitesgui, y Beltrán).

**4.- Los campos electromagnéticos en general, y las radiaciones no ionizantes, de baja potencia y alta frecuencia, de la telefonía móvil en particular, resultan razonablemente sospechosos de no ser anodinos con relación a la salud de los seres humanos que se expongan permanentemente a los mismos, hallándose el campo menos dudoso de**

**probabilidad patológica en la afectación del sistema nerviosa, y el riesgo más evidente, de confirmarse la sospecha, para los niños, cuyos órganos evolucionan en crecimiento y conformación.**

Tal es la conclusión que deduce el juzgador del acopio de opiniones documentadas, y de testimonios prestados en la causa, que ha repasado con el detenimiento que permite su empleo, habida cuenta que, a pesar de sus esfuerzos por encontrar un perito médico especialista en neurología pediátrica (de suyo, prueba para mejor proveer de rigurosa instrucción judicial, con la que el disponente no comulga, ya que no pertenece a los principios dispositivo y de aportación de parte de un proceso civil que no dilucida objeto de orden público), no se ha encontrado quien acepte el encargo.

De todas formas, como deducción presuntiva ad hominem (art. 1.253 Cciv), si el precitado psiquiatra que diagnostica el síndrome TDAH, afirma ( preguntas 4» y 5» ), que supone una patología del sistema nerviosa central, y el ingeniero de telecomunicaciones, igualmente testigo / perito, y que acompaña toda una obra técnico científica completa, Pedro Costa Morata, adviera un documento en particular (n14 8 de la demanda), y un informe (testimoniado del documento n14 10 aportado con el escrito de impugnación del actor al recurso de reposición contra el auto de 15 de junio de 2000) en el que atribuye, glosando un estudio de un especialista chino, Dr. Chiang, una probable causa del síndrome TDAH a la falta de disponibilidad del neurotransmisor Dopamina en ciertas estructuras cerebrales, si se sospecha de los campos electromagnéticos respecto de la salud del desarrollo de los órganos del sistema nervioso de los niños, a fortiori se concluirá que llevaría contraindicación de la emisión cercana de radiaciones de telefonía móvil, puesto que contribuiría a agravarlo, a quien se prueba que padece un síndrome TDAH, como Aroia Castro Clavet.

De suyo, el mismo testigo / perito que presentó la parte demandada, el catedrático de psicopatología, Antonio Villasana Cunchillos, admite (repregunta 6»C), que no se puede afirmar la imposibilidad de perjuicio, en particular para una niña afecta de TDAH. Tiene que precisarse que en este proceso no se declara probado que los campos magnéticos sean perjudiciales para la salud, ni mucho menos se determina cuál es el umbral máximo de radiación que debe tolerarse como no perjudicial, así como que no se discute que exista ilicitud de ningún tipo en la instalación misma de la emisora de la cubierta de la Comunidad demandada, con base en el actual sistema de control administrativo local, o del Estado.

Declarar tal cosa sería conceder una virtualidad de convicción a unas opiniones que carecen del apoyo de datos críticos objetivables, desconociéndose todo el material probatorio acompañado por la Comunidad demandada y la sociedad interviniente Airtel Móvil. Ni se convence al juzgador, ni semejante arbitrio, secundando la aprensividad social sin base objetiva, puede ser la consecuencia de valoración fáctica que se ampare por la Jurisdicción. Otra cosa es que, efectivamente, la sospecha razonable esté probada, y esté redoblada en su seriedad en el supuesto de la familia Castro. No está probado que la radiación de telefonía móvil afectará nocivamente a la salud de los moradores del 714 izda. de la Comunidad, pero sí lo está que preocupa seriamente la probabilidad cierta de que lo haga, y particularmente a la menor Aroia. De suyo, hay informes que invocan las partes encontradas en su apoyo, que no afirman la lesividad ni la inocuidad absoluta, sino la duda fundada, como el informe de los expertos británicos realizado por el IEGMP, coordinado por el Dr. Steward, que ha conocido gran publicidad.

Si se repasa la sentencia de interdicto del Landgericht de Frankfurt de 27 de septiembre de 2000, que presentó el demandante en la comparecencia de medidas cautelares, y que se ha testimoniado en los autos principales, se observa que la conclusión es muy parecida, siendo que allí hubo una pericial ex professo de un especialista en Física médica.

En una cuestión como la presente es difícil que vaya a llegarse por conducto rápido a probar empíricamente que el electromagnetismo no radiactivo origina daño a la salud, y lo que se impondrá es fijar qué cuota mensurable origina una prohibición de distancias, dado que las radiaciones no pueden eliminarse de raíz en el mundo moderno, y con fundamento en principio de precaución que se viene demandando en los documentos internacionales.

La tesis de la preocupación fundada sobre la inocuidad es la que se expresa en la comunicación que envió la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno Vasco al Ayuntamiento de Eibar de 2 de abril de 1998, que se acompañó como documento con el escrito de proposición de prueba de la parte actora, certificada su autenticidad por la Corporación destinataria, y es la que alienta proyectos de regulación autonómicos que se conocen.

#### **CUARTO - Ausencia de modificación de elementos comunes.**

La pretensión que se ejercita tiene dos vías, si bien el esfuerzo alegatorio y probatorio se ha empleado con la segunda:

En primer término, se impugna el acuerdo comunitario referenciado por conducto de su ilicitud, desde el art.18.1») LPH, con relación al art.17.1», sobre la base de que se han introducido con el mismo, modificación de las reglas del título constitutivo, por alteración del destino de elementos comunes, sin la unanimidad requerida para tal acuerdo.

En segundo lugar, se impugna por conducto de la lesividad para el propietario demandante, desde el art. 18.1c) LPH, con base en el perjuicio par ala salud de las radiaciones de la telefonía móvil, Aquí se encajaba en la demanda la censura de la pérdida de valor en venta del inmueble por soportar dichas radiaciones.

Debe resolverse que el acuerdo de la Comunidad, si puede resultar ilícito, no lo es, ni tampoco antiestatutario, porque con relación a la instalación de la base emisora se verifique una alteración de la estructura del edificio, ni tampoco del destino de un elemento común afecto como es la caseta de máquinas de los ascensores, y siendo así, la disidencia de dos copropietarios resultaría irrelevante, porque hubo mayoría en Junta.

La cuestión del arriendo a particular de elementos comunes ha sido sumamente discutida con el régimen de LPH anterior a la Ley 8/99, siendo la posición jurisprudencial predominante la de que la cesión exigía unanimidad (SSTS de 16 de julio de 1992 y 16 de julio de 1996), si bien no faltaban resoluciones abundantes en sentido contrario entre las Audiencias, y este último criterio es el acogido en el vigente art. 17 LPH, que debe relacionarse con el único caso típico de alteración de título constitutivo por alteración de la estructura o fábrica del edificio, o de las cosas comunes del art. 12.

Por una parte, la caseta de la maquinaria de ascensores sigue sirviendo su destino, de abrigar dicha maquinaria, y su cubierta sigue sirviendo al fin de protegerla de la intemperie y canalizar el agua de lluvia. La estación de telefonía simplemente se ha anclado en la cubierta, y ciertamente, los elementos eléctricos se han conectado a un cuadro que se ha puesto dentro de la caseta, a la que se ha proporcionado un nuevo acceso. Pero así, ni se ha canjeado nada sen sentido propio de la estructura del edificio, porque la obra es menor y subsidiaria, ni hay nada destinado a lo común que se haya canjeado. Simplemente, hay un adminículo nuevo, que no se ha adherido a los elementos comunes como parte de los mismos, sino que se le ha superpuesto como mueble separado, y que puede retirarse sin problema cuando se precise, por no haberse incorporado a los elementos comunes.

#### **QUINTO.- Servidumbre por inmisiones de radiación en elemento privativo.**

La doctrina especializada manifiesta estupor ante la primera de las prevenciones del art. 18.1.c) LHP, que habla de acuerdos que supongan grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo porque se razona que, o una de dos, La Ley concede facultades a la junta para imponer una carga al comunero mediante un quórum determinado decisorio, o no cabe legalmente que un acuerdo obligue o perjudique al comunero, que no tenga obligación de soportarlo. Puede pensarse que, con fundamento en el supuesto del art. 18.1.b) LHP, podrían encerrarse la previsión los acuerdos que, adoptados con mayoría objetivamente suficientemente , lo fueron para ventaja particular de algunos propietarios, pero no a costa de dañar intereses comunitarios - caso de dicha letra b)-, sino a costa de dañar los

intereses de unos copropietarios de la minoría, pero tal cosa sería reconducible al abuso de derecho, que es la segunda de las previsiones del precepto analizado, letra c).

Los hechos que sostienen la demanda ¿son un ejemplo del supuesto en que pudo pensar el legislador, de acuerdo comunitario objetivamente congruente con el interés común, pero que causa grave perjuicio a un comunero, y que éste no tiene el deber jurídico de soportar?

Este Juzgador cree que no. Los acuerdos comunitarios que son susceptibles de impugnación y anulación jurisdiccional, o son legales o antiestatutarios, o entrañan abusos de derecho, o no pertenecen a las competencias de las comunidades de propietarios, y entonces, resultan actos antijurídicos, solo aparentemente del régimen de la propiedad horizontal.

Primero, habría que descartar en el asunto una aplicación estricta de la doctrina del abuso del derecho por la Comunidad con relación al acuerdo impugnado per se, puesto que ello impondría apreciación de mala fe civil, con perjuicio a copropietario que no tiene beneficio general, y no hay tal.

El abuso de derecho, que proscribe el art.7.2 Cciv a de resultar claramente patentizado por la concurrencia de las circunstancias que lo configuran, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un interés serio y legítimo, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio de derecho y producción de un perjuicio injustificado (SSTS de 26 de abril de 1976, 2 de junio de 1981, 22 de abril de 19983, 25 de junio de 1985, 14 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991, 5 de abril d 1993, entre otras muchas), y tienen justificación sería el arriendo de un espacio en la cubierta del edificio para obtener una renta anual pingüe que puede permitir hacer frente a los gastos generales comunitarios sin desembolso de los copropietarios, y en nada resulta una iniciativa exagerada o anormal, puesto que es un acto lícito para actividad útil, como la telecomunicación, por otra parte, vulgarizadas las cesiones para colocación de antenas emisoras en los edificios de las ciudades, sin que se haya apuntado nunca un animo de causar perjuicio a la minoría (de suyo, son dos los disidentes, y uno de ellos, del tercero izda., no parece que pueda venir afectado por radiaciones).

Otro tema es que pueda apreciarse una suerte de abuso en la resultancia del acuerdo para la vivienda del actor, como elemento privativo.

Sino hay abuso de derecho originario en el acuerdo de la comunidad, lo que ocurriría, si su consecuencia fuera un atentado a la salud del ocupante de la vivienda, es que se habría agredido un derecho subjetivo del dañado, nada menos que con relevancia constitucional (arts. 15 y 45 CE), y ello sí está perfectamente fuera de las competencias de una Junta de Propietarios. No tendría que imponerse el criterio del Sr. Castro a través de la voluntad estatal que emana del juez que suscribe al dictar esta sentencia, por encima de la voluntad muy mayoritaria de los propietarios de la calle Obieta n1424 de Erandio, en una decisión de los intereses comunitarios, sino que declararían que el acuerdo es aparente o pseudoacuerdo, por su esencial antijuricidad, puesto que nunca hay en el régimen de la propiedad horizontal la prerrogativa de acordar el perjuicio a la salud de persona alguna, aunque sea copropietario o quienes con él viven.

Pero, como se ha expresado, no se demuestra cabalmente en autos, que la antena de Airtel Móvil en funcionamiento represente una agresión al patrimonio psicofísico del Sr. Castro y su familia.

Lo que se demuestra es que en la vivienda del séptimo izda. vive Aroia Castro, niña que padece síndrome TDAH y que se han medido con la emisión constante de la estación de telefonía, campos de 0.4  $\mu\text{W}/\text{cm}^2$  en la terraza, y de 0.3  $\mu\text{W}/\text{cm}^2$  -si se duda de las intensidades medidas se comprobará lo que se dice, que es lo de menos- en las habitaciones de la vivienda, la que está expuesta sin un paramento continuo a las ondas, y que es prudente sospechar que no son radiaciones absolutamente inocuas para el sistema nervioso de la menor, o lo que es igual, que el principio de precaución aconsejaría no excluir la probable agravación del síndrome de Aroia por acción de las radiaciones.

La cuestión, entonces, parecería que radica en determinar si puede resultar competencia del órgano máximo de la Comunidad de Propietarios, dentro del ordenamiento jurídico, provocar esta incertidumbre fundada sobre el empeoramiento de la salud de su hija al propietario.

Y probablemente, así planteado, habría que decir que sí es competencia de una Junta de Propietarios acordar actuaciones que tienen un fin de beneficio general patente, y ninguna intención de perjuicio a comunero, a pesar de las dudas, angustias, o aprehensiones de este, que no prueba objetivamente un daño, y cuando el actor tuviera obligación de soportarlo. Por ejemplificarlo, la duda de que las emanaciones radioeléctricas al pie de la antena -muy superiores, de 39 w/cm<sup>2</sup> - sean perniciosas para el sistema nervioso del Sr. Castro cuando este accede a la caseta de maquinaria de los ascensores por cualquier razón, que será algo esporádico, puesto que las dudas o temores no son un derecho subjetivo que pueda lesionarse, cuando el afectado pueda evitarlo.

Lo que ocurre es que el Sr. Castro no tiene obligación de soportar las resultancias de un acuerdo comunitario en sus elementos privativos, es decir, en el interior de su vivienda, y es por ello que acepta el demandante en sus conclusiones, y si el acuerdo que se impugna no contiene acuerdo de derecho "stricto sensu", el caso es que debe reputarse sencillamente ilícito, por conducto del art. 18.1.a), pero en relación con el art.9.1.c) LPH, ya que se ha establecido una suerte de servidumbre en la vivienda privativa, sin que obedezca a la imprescindible puesta en marcha de servicios comunes de interés general.

Ante una duda o sospecha, no puede optarse a un acuerdo comunitario adoptado en el ámbito competencial de la comunidad puesto que ello sería hacer prevalente las creencias de uno frente a las de la mayoría, siendo que el principio que rige la propiedad horizontal es democrático y meritocrático.

Pero las radiaciones se absorben por los parámetros de un edificio, y se disuelven con la distancia, y las de la antena de autos llegan permanentemente al interior de la vivienda del Sr. Castro. Con seguridad, no se podría medir campo electromagnético en otras viviendas del mismo edificio. La cesión onerosa de elementos comunes para obtener una rentabilidad representa un fin útil y aceptable pero nada que pueda autorizar legalmente que el copropietario tenga que consentir -siquiera con indemnización de daños y perjuicios- en su vivienda, puesto que no es una reparación que exija el servicio del inmueble, ni servidumbre imprescindible para ningún servicio general de la comunidad, que son las prevenciones del art.9.1.c) LPH.

Jurídicamente, no hay razón para discriminar, en cuanto a servidumbre comunitaria sobre elemento privativo, algo que pueda verse y tocarse -por ejemplo, una tubería- de lo que es también físico, si bien no lo perciben los sentidos -el efecto térmico de las radiaciones es de antiguo conocido, y no se debate-. Piénsese, por ejemplo, en la llamada contaminación acústica, o en la muy tradicional emanación de malos olores.

Las radiaciones de telefonía móvil que se miden permanentemente en una vivienda, emitidas por una fuente exterior en elementos privativos, debe estar amparada como cualquier otra emisión en causa legal, o ser consentida por el copropietario. Si se probara cabalmente su absoluta inocuidad, como no ocupan espacio y no se perciben por los sentidos, podría concebirse precisamente abusivo el negar el consentimiento por el titular de la vivienda sirviente.

Puesto que lo probado es que resulta razonable precaver que se exponga una niña hiperactiva a las radiaciones, por una preocupación científica y social cada día más acusada, nada tiene de abusivo que el Sr. Castro no consienta, sino que tiene todo de prudente padre de familia. Y no consintiendo, el acuerdo comunitario es ilícito.

El actor invoca la reciente SAP, Sección 1», de Murcia de 13 de febrero de 2001, y siendo la misma pionera del control de legalidad de una negatoria de servidumbre por ingerencia de un campo electromagnético, es pertinente traer sus argumentos junto a los aquí desgranados, en contra de lo que opina la defensa de Airtel.

Dicha resolución pertenece a una línea muy rancia de fricción de derechos de obligaciones y de cosas, que son las emisiones en relaciones de vecindad, que han decantado en una concepción amplia en la doctrina y jurisprudencia, a partir de una interpretación analógica de los art. 590 y 1.908 Cciv, lo que ha provocado un primer reconocimiento legislativo en la Llei 13/1990 de 9 de julio, autonómica de Cataluña, que secunda lo que avanza la Ley 366.1 del Foro Nuevo de Navarra de 1973, y que ya se contempla en Derecho comparado. Hay acción de cesación y/o abstención de perturbar el pacífico estado posesorio de un dominio, siempre que dicha perturbación no sea inocua, o por cualquier razón jurídica no deba ser soportada como consecuencia de los principios de libertad de la propiedad, y del normal uso y normal tolerancia (SSTS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero y 17 de marzo de 1981, 16 de enero de 1989, o 24 de mayo de 1993). Se parte de la base, parafraseando la dicha sentencia, de que el tercero es quien tiene que acreditar la legitimidad de su ejercicio de intromisión y/o la inocuidad de la misma ya que en caso contrario se estaría presumiendo iuris tantum la legitimidad de una negación o intromisión posesoria. Allí donde queda acreditada la existencia de una ingerencia en una propiedad ajena, y ad maiorem cuando es domicilio familiar, como derecho constitucional a la intimidad reconocido en el art. 18 CE, a su autor se deriva la carga probatoria sobre la inocuidad de la ingerencia, en tanto que es al ingerente a quien corresponde afirmar la legitimidad de su intromisión.

La Comunidad no es propiamente un tercero, porque no es una entidad con personalidad jurídica diferenciada de los comuneros, pero si detenta, a través de sus órganos una capacidad de decisión sobre elementos comunes, como si fuera una persona, además con capacidad procesal, la que puede inmiscuirse en la propiedad privativa, y su título legitimador tiene que proceder de la voluntad de los implicados, o del art.9.1.c) LPH, salvo inanidad o irrelevancia de la inmisión.

**En la sentencia de apelación murciana, un transformador enviaba un campo electromagnético a una vivienda, muy superior al de cualquier otro domicilio por el uso cotidiano de los aparatos electrodomésticos, y ello se reputa ingerencia o intromisión que no resulta neutral. La legitimidad de dicha ingerencia, al ponerse en duda por los demandantes de la negatoria de servidumbre, traslada a la empresa que explota el transformador la carga de probar que la situación a la que se somete la vivienda de los demandantes es de total y absoluta inocuidad, y al no haberse podido acreditar, no se destruyó la presunción de ilegitimidad, dimanante de la libertad del dominio de las fincas, y en fin, se propició el cese absoluto de la ingerencia.**

En definitiva, hay una tesis aprovechable común: un campo de radiaciones no ionizantes en una vivienda de propiedad horizontal, por encima de los valores normales de cualquiera otra por emanaciones de los aparatos electrodomésticos, es una servidumbre comunitaria cuando deriva de una fuente que opera por cesión de elementos comunes, y para que se imponga al copropietario disidente del acuerdo autorizador, deberá este obedecer a la creación de un servicio común de interés general del inmueble, que la haga imprescindible, con su correspondiente indemnización, o bien debiera probarse cumplidamente que es inocuo en absoluto, ya que, la distancia o la interposición de paramentos hace desaparecer el campo, y pudiera haberse escogido para la fuente de radiaciones un punto alejado de viviendas o protegido del alcance directo.

SEXTO.- Las costas procesales causadas se atribuyen conforme al criterio de vencimiento, según lo previsto en el art.525 LECiv 1881.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados y lo demás de general y pertinente aplicación, ejerciendo la potestad jurisdiccional que emana de la soberanía popular,

## **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por GERMÁN ORS SIMÓN, Procurador de los Tribunales, en representación de CARLOS CASTRO ROYO, contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL N14 24 DE LA CALLE OBIETA DE ERANDIO, representada por el Procurador de los Tribunales, ALFONSO JOSÉ BARTAU ROJAS, y AIRTEL MÓVIL, S.A.,

representada por el Procurador de los Tribunales JAVIER ORTEGA AZPITARTE, debo declarar, como declaro la nulidad del acuerdo comunitario del 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 de acuerdo comunitario anulado, una vez que trascurren 20 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 de autos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Itma. 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.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue publicada por el Magistrado que la dictó, estando constituido en audiencia publica el día de la fecha. Doy fe.-

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 del margen los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 150/00, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao y seguidos entre partes: como apelante, AIRTEL MÓVIL SA. representada 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 Simón 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 veinte 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 ltma. 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 Ilma. 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: 1º.- La alteración de facto de la acción ejercitada por el actor; entendiéndose 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.

2º.- 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 a 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 serie de informes técnicos y certificaciones de departamentos Administrativos así como normas reguladoras de la concesión administrativa en materia de telefonía móvil.

3º.- 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.

4º.- 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; 2º.- 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 el 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 título 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 artículo 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 nº 2 de los de Bilbao, en autos de Juicio de Menor Cuantía nº 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, nº 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.