



Buenos Aires, 8 de abril de 2008.-

VISTO:

La actuación nº **1562/08**, iniciada de oficio a fin de analizar los requisitos que deben observar los consorcios de edificios en propiedad horizontal para autorizar la instalación de una antena de telefonía celular sobre la azotea común, conforme la legislación vigente.

Y CONSIDERANDO QUE:

Esta Defensoría del Pueblo recibe frecuentes consultas e inquietudes por parte de vecinos que habitan edificios en propiedad horizontal, referidas a los requisitos que deben tomarse en cuenta al momento que la respectiva asamblea de copropietarios delibere y autorice la instalación de antenas de telefonía celular en la azotea común del inmueble.

Sobre tal cuestión el Area de Derechos de Consumidores, Usuarios y Administrados de esta Defensoría del Pueblo, elaboró un Dictamen que como Anexo I forma parte integrante de la presente Resolución.

Dicho Dictamen concluye, en que el emplazamiento de antenas en la azotea de edificios en propiedad horizontal debe quedar encuadrado dentro del concepto de obra nueva y, como tal, se requiere la aprobación por unanimidad expresa de los copropietarios que integran el consorcio (conf. art. 7º de la Ley nº 13.512).

En virtud del cometido constitucional de este organismo, y teniendo en cuenta que la cuestión abordada importa una información de utilidad tanto para los vecinos consorcistas de nuestra Ciudad como para los organismos públicos con competencia en la materia, y organizaciones no gubernamentales, corresponde disponer las medidas necesarias para dar la más amplia difusión.

POR TODO ELLO:

**LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
R E S U E L V E :**

1) Poner en conocimiento de la presente Resolución a las siguientes dependencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y entidades no gubernamentales:

a) a la señora Directora General de Interpretación Urbanística del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, arquitecta Mónica Adriana Giglio;

b) al señor Director General de Evaluación Técnica dependiente de la Agencia de Protección Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, don Horacio Walter;

c) al señor Director General de Fiscalización de Obras y Catastro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, doctor Jorge Avila Herrera;

d) al señor Director General de Defensa y Protección al Consumidor, licenciado Ramiro Alfredo Masjuan;

e) al Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal;

f) a la Unión de Consorcistas de la República Argentina (U.C.R.A.) sita en la calle Lavalle 1330, Piso 2º, Dpto. "7", de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

g) al señor Presidente de la Fundación Liga del Consorcista de la Propiedad Horizontal, sita en la calle Montevideo 764, Piso 11º, Oficina "C", de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

h) al señor Presidente de la Asociación Civil de Defensa del Consumidor de Bienes y Servicios para la Propiedad Horizontal de la República Argentina (ADEPROH), sita en la calle Solís 173, Piso 1º, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

i) al señor Presidente de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal y Actividades Inmobiliarias (C.A.P.H.yA.I.), sita en la calle Perú 570, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

j) al señor Director del Colegio Profesional de Administradores de Propiedad Horizontal de la República Argentina (COPAPH RA), sito en la calle Uruguay 459, Piso 2º, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

k) al señor Presidente de la Cámara de Informática y Comunicaciones de la República Argentina (CICOMRA), sita en Avda. Córdoba 744, Piso 2º, Dpto. "D", de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2) Difundir la presente Resolución a través del sitio web institucional de esta Defensoría del Pueblo y del Portal Ciudad y Derechos para conocimiento del público en general.

3) El Dictamen que se acompaña como Anexo I de la presente que consta de 5 fs., forma parte integrante de esta Resolución.

4) Registrar, reservar en el Área para su seguimiento, y oportunamente, archivar.

Código 429
ND/GES/JLF
DC
gv/D/LDS

RESOLUCION N° 1200/08

ANEXO I

Se emite el presente dictamen a fin de determinar cómo debe encuadrarse -conforme el régimen de la Ley nº 13.512- la instalación de una antena de telefonía celular sobre las azoteas comunes en edificios de propiedad horizontal y, en consecuencia, qué cantidad de votos (mayoría simple o unanimidad) se requiere para que cada consocio autorice su emplazamiento.

I.- EL PLANTEO.

La cuestión sometida a examen responde a las numerosas inquietudes y consultas que recibe esta Defensoría del Pueblo por parte de vecinos consorcistas de edificios en propiedad horizontal, referidas a los requisitos que se deben observar al momento de deliberar y autorizar la instalación de antenas de telefonía celular en la azotea común.

En la mayoría de los casos los problemas se suscitan al momento de las deliberaciones en la asamblea de copropietarios resultando que en muchas oportunidades la aprobación del emplazamiento se obtiene mediante mayoría simple de votos, sin considerar la unanimidad de voluntades como requisito esencial de tal aprobación.

II.- LA NORMATIVA VIGENTE.

El art. 7º de la ya añeja Ley nº 13.512 de Propiedad Horizontal dispone: *“El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, excavaciones, sótanos, etcétera.* ***Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios”.***

Por otra parte, el subsiguiente art. 8º de la ley establece, en sus primeros párrafos, que: *“Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad, comodidad y decoro. Están obligados en la misma forma, a contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común y a las expensas debidas a innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta...”.*

III.- CONCEPTOS DE OBRA NUEVA, INNOVACION Y MEJORAS. DIFERENTES MAYORIAS PARA LA APROBACION DE LAS MISMAS. DOCTRINA.

Conforme los artículos arriba transcritos, resulta necesario poder precisar los conceptos de “obra nueva”, “innovaciones” y “mejoras” utilizados en dichas normas, pues de ello dependerá, finalmente, la determinación del régimen de votación que cada consorcio deberá observar al momento de decidir la instalación de una antena.

Si bien la doctrina es pacífica en admitir que los conceptos de “obra nueva”, “innovaciones” y “mejoras” son en realidad sinónimos, que operan como nociones conceptuales complementarias en una relación de género a especie, existen discrepancias interpretativas acerca del alcance y finalidad que debe darse a cada uno de ellos.

En tal sentido, Mariani de Vidal y Ruda Bart¹ consideran a los términos “obra nueva” e “innovación” como sinónimos, diferenciándose sólo en cuanto la ley exige distintas mayorías según las características de la construcción. Destacan que *“...los términos obras nuevas, innovaciones y mejoras no se excluyen, dado que una innovación puede implicar una obra nueva y, al revés, una obra nueva, si produce un cambio en la sustancia, forma o destino de una cosa, lleva en sí misma una innovación. A su vez, cualquiera de ellas puede constituir una mejora”*.

Gabás² considera que “innovación” es aquella que tiende específicamente a obtener un mejoramiento, mayor renta, o mejor uso y goce del bien, servicio o parte común, mientras que el concepto de “obra nueva” sería un concepto de carácter residual que comprende todas las demás modificaciones que no tengan algunas de las mencionadas finalidades. La innovación es el género, la obra nueva es la especie, *“toda obra nueva es una innovación pero no toda innovación constituye una obra nueva”*, dice el autor, aunque sostiene que deben analizarse los casos particulares.

Por su parte Racciatti³, ciñe el análisis de las normas atendiendo, principalmente, a quienes resultan beneficiarios de las modificaciones introducidas. Así, entiende que “obra nueva” es toda construcción o modificación de lo construido sobre partes comunes que redunde en beneficio individual de uno o varios de los consorcistas, cuando “innovación” o “mejora” es aquella construcción o modificación de lo construido que se hace en beneficio de la totalidad de los copropietarios.

¹ “Propiedad Horizontal - Obras Nuevas Antirreglamentarias, L.L. 1994-C-1083, Sección Doctrina”.

² Gabás Alberto A. *Manual Teórico Práctico de Propiedad Horizontal* (Ley nº 13.512 comentada y anotada) Editorial Hammuabi, Buenos Aires, 1998, Pág. 175.

³ Manual de la Propiedad Horizontal, Depalma, Buenos Aires, 1998 Págs. 55 y 77.

En el mismo sentido se pronuncia Highton de Nolasco *“Las mejoras a que se refiere el art. 7º que pueden denominarse como lo hace la norma “obra nueva” se distinguen de las del art. 8º que en la ley se designan como “innovaciones” aunque estos términos no se excluyen sino que significan algo similar en cuanto según el art. 7º se necesita la unanimidad de voluntades para realizarlas, mientras que en el art. 8º solamente se requiere una mayoría... el art. 7º referido a obras nuevas que deben resolverse por unanimidad se relaciona con mejoras que se ejecutan en interés particular de algún o algunos propietarios sobre cosas o partes comunes, sean en todo o en parte del edificio; mientras que el art. 8º referido a innovaciones que deben resolverse por mayoría se relaciona con mejoras, también en partes comunes, pero en beneficio de todos los propietarios”*⁴.

Papaño⁵, propone un criterio interpretativo mucho más elástico teniendo en miras fundamentalmente los aspectos que hacen a la seguridad del inmueble. Considera que las reparaciones tienen por finalidad mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del edificio; las innovaciones alteran la condición anterior de las cosas o sectores donde se realicen, sea en su materia, forma o destino y tienen como fin obtener el mejoramiento de las partes o cosas comunes, siendo que las obras nuevas del art. 7º consisten en aquellos actos materiales que pueden alterar sustancialmente al edificio construido. Las mismas *“deben ocasionar una alteración sustancial en la concepción originaria del edificio, ya que de lo contrario se trataría de simples innovaciones a las que se refiere el artículo siguiente (art. 8), sin perjuicio de que esta modificación en los sectores comunes beneficie a todos, a varios o a uno de los copropietarios”*, con lo cual sólo existiría “obra nueva” cuando se conformara una alteración sustancial del edificio, independientemente de las personas a quien beneficie la obra.

Ahora bien, por nuestra parte compartimos el criterio sustentado por Alberto A. Gabás en cuanto al análisis que realiza de las normas en juego.

Dicho autor señala, en primer lugar, que tanto las obras nuevas como las innovaciones constituyen *“actos de disposición material sobre el inmueble”*.

En tal sentido no puede haber discusión acerca de que la última parte del art. 7º constituye la regla general en la materia, en tanto que ***“cualquier acción material sobre partes comunes requiere, en principio, la unanimidad de voluntades de los consorcistas”***. Así, la primera parte del art. 7º no hace otra cosa más que reflejar dos ejemplificaciones concretas de ese principio general en cuanto impide, por un lado, que el propietario del último piso ejecute obras nuevas de sobreelevación, y, por el otro, prohíbe que el propietario

⁴ Elena I. Highton , en *Derechos reales, Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed. Ariel, Buenos Aires 1979, pág. 181 a 185, citada por Gabás en *“Manual Teórico Práctico de Propiedad...” ob. citada.*

⁵ La acción del consorcio por demolición de la Obra Nueva, en L.L. 1991-A-486, sección jurisprudencia.

de la planta baja o subsuelo las ejecute en el suelo común por razones de solidez y estabilidad, salvo que haya acuerdo unánime de los consorcistas. Por cierto, estos dos ejemplos de la ley en modo alguno agotan la existencia de otros casos en los que pudiera ser de aplicación la regla general de la unanimidad; *“toda obra a efectuar por encima del último piso, como por debajo de éste, indudablemente, pondrá en peligro la seguridad al afectar la estructura, que da sostén a la edificación. Reiteramos una apreciación, más que una prohibición para el titular del último piso o del de la planta baja, lo que consagra esta disposición legal es una prohibición para cualquier propietario de efectuar obras sobre partes comunes, ya que por ser precisamente de propiedad de los consorcistas se requiere la anuencia de todos ellos”*⁶.

De este modo lo normado en el subsiguiente art. 8º de la ley importa una excepción a la regla general, que completa al artículo anterior, la que está dada en el supuesto particular que la obra a ejecutar sobre partes de propiedad común, se dirija a beneficiar a todos los copropietarios sea para mejor uso o goce del bien, un aprovechamiento por mayor renta, o en general un mejoramiento del edificio, en cuyo caso la ley sólo requiere mayoría simple a fin de atenuar el rigorismo del requisito de unanimidad.

“Consideramos que la distinción expresada por la Ley nº 13.512, lo es al sólo efecto de dar validez a las resoluciones del consorcio, cuando decide modificar o en general actuar materialmente sobre partes y bienes comunes, exigiendo el consentimiento de un mayor número de propietarios cuando la obra puede no favorecer al ente o restantes titulares de dominio - aunque tampoco los perjudique- o pueda afectar derechos individuales, que cuando la obra tiene por objetivo el favorecer a todos mediante un mejoramiento del bien o permitiendo el mejor uso o goce o dando una mayor renta”.

*“El decir que el art. 7º se refiere a obras en beneficio individual y el art. 8º en beneficio general, entendemos que es sólo una situación que puede plantearse de las muchas que engloban dichos artículos. Es evidente que una obra sobre parte común en beneficio individual requiere unanimidad, pero esa sola situación no agota el tema, ni el espectro que encierra la norma citada, creemos que una obra sobre una cosa común requiere también unanimidad aún en caso de que no sea en beneficio individual, mientras esa obra no tienda a un mejoramiento, a un uso y goce más cómodo o a una mayor renta -tal como lo prescribe el art. 8º, última parte-. De manera tal que toda obra o innovación que se lleva a cabo en zonas comunes puede no ser en beneficio individual, **pero también puede no beneficiar al consorcio en el sentido de la última parte del art 8º, en ese caso necesita también unanimidad para resolverla...**”.*

El citado autor concluye que *“De cualquier manera, somos partidarios que en todos los casos debe analizarse cada situación y no aplicar rigurosamente los mencionados artículos, **sino en función del daño que***

⁶ Alberto Anibal Gabás, “Manual teórico-práctico de propiedad horizontal”, Ed. Hamurabi, reimpresión 1994, pág. 145.

puede producir una conducta determinada; no olvidemos que la propiedad horizontal, por encima de toda cuestión, es un régimen de convivencia. Ni toda obra en beneficio particular debe exigir inexorablemente unanimidad, ni toda obra en beneficio común la mayoría requerida⁷ (las **negritas** nos pertenecen).

Por último, citamos los siguientes fragmentos jurisprudenciales, los que resultan ilustrativos del criterio expuesto: ***“La regla, en materia de mejoras que se efectúan en partes comunes, es la necesidad de contar con el asentimiento unánime de los consorcistas (art. 7º, Ley nº 13.512), lo que se compagina con las preceptuaciones del Código Civil en lo atinente al tema (arts. 2680 y 2681). El artículo 8º juega como excepción en tanto se verifiquen los extremos que esa norma comprende: obtención del mejoramiento de los sectores comunes, o su uso y goce más cómodo, o la consecuencia de mayor renta; y siempre que no fuese pertinente la oposición de la minoría disconforme, fundada en que la decisión mayoritaria hubiera impuesto innovaciones “de costo excesivo”, o contrarias al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio***⁸ (las **negritas** nos pertenecen).

*“Nuestros tribunales, en ese orden de ideas, han establecido reiteradamente que la norma que prohíbe realizar obras nuevas sin autorización de todos los copropietarios (art. 7º Ley nº 13.512) debe ser celosamente respetada porque tiene por finalidad la de preservar la solidez, seguridad y salubridad del edificio; evitar molestias a los demás o la degradación de las otras unidades...”*⁹ (las **negritas** nos pertenecen).

IV.- EL EMPLAZAMIENTO DE UNA ANTENA, ¿ES UNA OBRA NUEVA, UNA INNOVACION O UNA MEJORA?

Encuadre normativo - Aspectos técnicos - Regla de la unanimidad.

Así las cosas, corresponde ahora determinar si la instalación de una antena del servicio de telefonía móvil celular constituye una obra nueva que exige, por ende, la unánime conformidad de los copropietarios o puede tomarse como una innovación o mejora en beneficio común y como tal pasible de ser admitida por simple mayoría del consorcio.

Para ello, resulta ineludible tener que considerar cuál es el grado de afectación que dicha instalación puede provocar a la seguridad y/o solidez del inmueble.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el peso de la estructura a instalar suele ser de varias toneladas, debido a que la antena va

⁷ Alberto A. Gabás, ob. citada, pág. 146 y subs.

⁸ C.N.Civ., Sala C, 28/2/77, ED ejemplar del 9/03/78.

⁹ C.N.Civ., Sala K, diciembre 18-1989, en La Ley T. 1991-C, pág. 424.

acompañada de elementos portantes y casetas con equipos para su funcionamiento, que ejercen un considerable sobrepeso en la parte superior del inmueble. Habrá que agregar a ello que las instalaciones electromecánicas asociadas deben recibir alimentación eléctrica independiente de la correspondiente al consorcio, lo cual implica el agregado de líneas de energía con sus tableros de maniobra, más las instalaciones de puesta a tierra correspondientes.

No habrá que perder de vista que en los contratos de locación que los consorcios suscriben con las empresas del sector es usual que quede abierta la posibilidad de ampliar la potencia de la antena y de sus instalaciones, con lo cual el riesgo de sobrepeso y sus posibles consecuencias sobre el edificio podría aumentar aún más.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el consorcio, al ceder en locación áreas comunes del edificio a una empresa comercial que presta servicios de radiocomunicaciones, asume responsabilidad solidaria ante las autoridades regulatorias de orden local o nacional por eventuales irregularidades administrativas y también frente a eventuales daños y perjuicios que pudieran ocasionarse a terceros en general.

A lo dicho en los párrafos anteriores, deben añadirse otras dos consideraciones que por su importancia no pueden ser soslayadas, al menos para una adecuada información de los integrantes del consorcio. Ellas son:

a) Distintos estudios de mercado indican que la presencia de una antena de dimensiones considerables sobre la terraza de un edificio de viviendas suele disminuir en forma apreciable su valor inmobiliario, con las previsibles consecuencias negativas, presentes y futuras, para cada uno de los consorcistas que lo habitan. Esta circunstancia neutraliza parcialmente, o al menos diluye, el argumento de la supuesta “mayor renta” que percibe el consorcio con motivo de la locación del espacio común, toda vez que el emplazamiento repercute en el valor venal de las unidades que integran el edificio.

b) El estado actual del conocimiento científico no permite demostrar fehacientemente que las radiaciones no ionizantes (RNI) que emite la antena resultan inocuas para la salud de las personas que habitan en sus inmediaciones. Esta circunstancia hace que en no pocas ocasiones, algunos consorcistas manifiesten en el seno de la asamblea su preocupación por esta cuestión y prefieran no asumir ningún eventual riesgo al respecto. Más allá de ello, es imprescindible que el consorcio, previo al tratamiento de la cuestión en la asamblea, le exija a la empresa responsable de la antena el cumplimiento de toda la normativa vigente a fin de lograr la totalidad de las autorizaciones y permisos pertinentes¹⁰.

¹⁰ Para mayor información sobre este tema se puede consultar el artículo de opinión “LAS RADIACIONES NO IONIZANTES Y SU RELACION CON LA SALUD”, del Ing. Jorge Luis Ferrari en PAPELES DE TRABAJO n° 3: “Consumo, salud y Derechos” publicado por esta Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, páginas 74 y subs. (<http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/papeles6.pdf>); o también

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que la instalación de una antena, con su respectiva estructura portante y el equipamiento complementario, constituye la ejecución de una “obra nueva” -en los términos del art. 7º de la Ley nº 13.512-, toda vez que un emplazamiento de estas características sobre la terraza común de un edificio puede afectar sustancialmente la estabilidad, solidez y seguridad del mismo, habida cuenta que su estructura portante y los anclajes requeridos para su arriostamiento podrían ocasionar, por el peso y esfuerzo ejercido sobre la base del emplazamiento, rajaduras, desprendimientos, etc. Corolario de lo cual, para que su instalación sea válida, **debe exigirse la expresa unanimidad de todos los copropietarios que integran el consorcio.**

Este es, por otra parte, uno de los requisitos que la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro le exige a las empresas del sector al presentar los planos respectivos para solicitar la habilitación de la misma; y ello, en virtud de lo normado en el art. 1º del **Decreto nº 2805/1990** (B.M. 15/04/1992 - ADLA 1992 - B, 2159) en cuyos incisos pertinentes dispone que:

“c): Cuando se ocupen áreas comunes del edificio, se exigirá en todos los casos la acreditación de la autorización de todos los copropietarios del inmueble, conforme lo establece el art. 7º de la ley 13.512.

d): Igual temperamento al indicado en el inciso anterior cuando las obras hayan sido realizadas en espacios libres comunes pero de uso exclusivo de una unidad, por estar dentro del perímetro de las mismas (patio, terrazas, etcétera)”.

En tal sentido, la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dictó la Disposición reglamentaria nº 902/DGFOC/98, mediante la cual se imponen diversos requisitos para el emplazamiento de las estructuras portantes de antenas destinadas a Sistemas de Comunicación, Microondas, VHF, UHF, TV, Sistemas de Video Cable y Transmisión de Datos, en cuyo art. 6º se estableció que “...**deberá adjuntarse la conformidad de la totalidad de los copropietarios certificada ante Escribano Público...**”, cuando se trate de un emplazamiento en un edificio sometido al régimen de Propiedad Horizontal.

V.- CONCLUSIONES.

1) El concepto de “Obra Nueva” abarca *“todo acto de disposición material sobre partes comunes de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal que afecta o altera sustancialmente al inmueble donde se ejecuta”.*

2) *“Cualquier acción material sobre partes comunes requiere, en principio, la aceptación unánime de los copropietarios que integran el consorcio”* (conf. regla general del art. 7º in fine de la Ley nº 13.512).

3) El emplazamiento de una antena de telefonía celular sobre la azotea de un edificio en propiedad horizontal *“debe ser considerada como una obra nueva, conforme la afectación y alteración que produce en el inmueble”*.

4) Para que el emplazamiento de una antena de telefonía celular sobre la azotea de un edificio en propiedad horizontal sea válido, debe ser aprobado y autorizado en forma expresa por la **unanimidad** de los consorcistas (art. 7º in fine de la Ley nº 13.512, art 1º incs. c) y d) del Decreto MCBA nº 2805/90, Disposición nº 902/DGFOC/98).