



Roj: **STS 4462/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4462**

Id Cendoj: **28079119912018100041**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **18/10/2018**

Nº de Recurso: **3635/2015**

Nº de Resolución: **586/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 844/2015,**
STS 4462/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 586/2018

Fecha de sentencia: 18/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3635/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.^a.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3635/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 586/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Saraza Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro Jose Vela Torres
D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 18 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 2 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, en el rollo de apelación n.º 545/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1039/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora doña Almudena Gil Segura, designada por el turno de oficio para la representación de don Rodolfo y doña Amalia .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Amalia Guerrero Molina, en nombre y representación de don Rodolfo y Amalia , formularon demanda de juicio ordinario contra la Mancomunidad de Propietarios de Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba, suplicando al juzgado:

"...que tenga por presentado este escrito, junto con su copias y documentos adjuntos, se sirva admitirlo y teniéndolo a bien, tenga por formulada demanda de juicio ordinario en representación de don Rodolfo , ejercitándose acción de impugnación de acuerdo comunitario, frente a la Mancomunidad de Propietarios de Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba, y tras los trámites legales oportunos se dicte Sentencia por la que se anule el acuerdo adoptado en la Junta General de propietarios de la Mancomunidad de C/ Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba de fecha 10 de octubre de 2013, en su punto segundo que acuerda la construcción de piscina en el patio comunitario, con expresa condena en costas. Por ser de Justicia que respetuosamente pido en Córdoba a 18 de junio de 2014."

2.- Por decreto de 10 de octubre de 2014, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador don Ramón Roldán de la Haba, en nombre y representación de la Mancomunidad de Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

"...dicte sentencia por la que desestimando la demanda interpuesta de contrario absuelva a mi representada de las pretensiones contenidas en la misma. Todo ello con imposición de costas a la actora por su evidente temeridad y mala fe."

4.- El Juzgado de primera instancia n.º 7 de Córdoba, dictó sentencia el 4 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por don Rodolfo y doña Amalia contra la Comunidad de Propietarios de la Isla de DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba, se absuelve a la demandada de las peticiones que contra ella se contienen en el suplico de la demanda. Se condena a los actores al pago de las costas."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Rodolfo y doña Amalia , correspondiendo su resolución a la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que dictó sentencia el 2 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Amalia Guerrero Molina, en nombre y representación de don Rodolfo y doña Amalia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba, con fecha 4 de marzo de 2015, en el Juicio Ordinario 1039/2014, de los que este Rollo dimanara, debemos revocar la misma, y en su lugar se acuerda estimar la demanda interpuesta por don Rodolfo y doña Amalia contra la Mancomunidad de Propietarios de Islas DIRECCION000 , DIRECCION001 , DIRECCION002 Y DIRECCION003 , por lo que se declara la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General celebrada el día 10 de octubre de 2013, en su punto 2.º, que acuerda la construcción de una piscina en el patio comunitario. No procede pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias."

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de la Mancomunidad de Propietarios de Islas DIRECCION000 , DIRECCION001 , DIRECCION002 Y DIRECCION003 , con base en un único motivo en el que tras citar como precepto legal infringido el artículo 17.4 de la LPH en su redacción dada por la Ley 8/2013, se alega la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años.

2.- La sala dictó auto el 28 de febrero de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Mancomunidad de Propietarios Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba contra la sentencia dictada con fecha 2 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, en el rollo de apelación n.º 545/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1039/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba.

2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de la parte recurrida, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- Por providencia de fecha 18 de junio de 2018, se acordó someter el presente recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para el día 19 de septiembre en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio ordinario en el que la parte demandante, D. Rodolfo y D.ª Amalia , propietarios de la vivienda sita en la calle Isla DIRECCION001 n.º NUM000 - NUM001 integrada, junto a otras cuarenta y ocho, en la Mancomunidad de Propietarios Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba, ejercita contra esta última acción de nulidad del acuerdo adoptado por la misma en Junta de Propietarios de 10 de octubre de 2013 para la construcción de una piscina. Señala la parte recurrente que dicho acuerdo no es válido por cuanto para la instalación de una nueva piscina en un espacio común es necesaria la unanimidad de los copropietarios por afectar al título constitutivo.

La parte demandada alegó la excepción de cosa juzgada por haber sido resuelta la cuestión mediante la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 27 de octubre de 2010, y conforme a la cual basta la mayoría de 3/5 para la construcción de una piscina en un espacio común. Igualmente señala que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.4 de la LPH. tras la modificación operada por la Ley 8/2013, la mayoría necesaria para la adopción de un acuerdo para la construcción de una piscina en elemento común es de 3/5.

2.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con los siguientes argumentos:

"La respuesta a la cuestión nos la da el art. 17,3 de la LPH: "El establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirán el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación".



"La construcción de una piscina en el patio comunitario ¿es un servicio de interés general?. La respuesta debe ser afirmativa. Ya en nuestra Sentencia de 11 de septiembre de dos mil trece indicamos que dadas las elevadas temperaturas que sufre nuestra ciudad en los meses estivales la construcción de una piscina podía considerarse un servicio común de interés general, siendo además un hecho constatable la existencia de numerosas comunidades de propietarios que cuentan con este servicio.

"La segunda cuestión que debemos resolver es si el acuerdo se adoptó por la mayoría de las 3/5 de los propietarios, y el resultado de la votación no puede ser más evidente: 145 votos a favor y 47 en contra, con lo que se ha superado ampliamente el porcentaje de votos exigido por el mencionado precepto".

3.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, reiterando que la construcción de una piscina en elemento común requiere de unanimidad. La parte demandada se opuso reiterando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.4 de la LPH tras la modificación operada por la Ley 8/2013, la mayoría necesaria para la adopción de un acuerdo para la construcción de una piscina en elemento común es de 3/5.

La Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar la demanda y declarar la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General de fecha 10 de octubre de 2013, en su punto segundo, que acuerda la construcción de una piscina en el patio comunitario. Esta decisión se apoya en la sentencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2008 (recurso n.º 1791/2003), en la que se establece que el acuerdo debe adoptarse por unanimidad y no por mayoría de 3/5 al no ser un servicio de interés general. En concreto la sentencia de esta sala que sirve de apoyo a la resolución recurrida establece lo siguiente:

"...] La norma 1.ª del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la redacción dada al mismo por la Ley 8/1999, dispone que "el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación...". Se trata de un precepto abierto que flexibiliza el régimen de mayorías para el establecimiento o supresión de determinados servicios comunes distintos de los que menciona siempre que ofrezcan un interés general a los comuneros, y que sin duda va a favorecer el progreso de las comunidades residenciadas en pisos o locales de vieja construcción desde el momento que escapan de la regla de la unanimidad y permiten que se puedan establecer con la mayoría de los tres quintos de propietarios. Ahora bien, el problema que plantea la norma está en determinar cuándo un servicio presenta ese interés para someterlo a una mayoría distinta, y este no se resuelve mediante la desafortunada afirmación de la sentencia de que " *si el acuerdo ha tenido el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios, será muy difícil poner en tela de juicio que el servicio no sea de interés general*" pues ello dejaría sin contenido la regla de la unanimidad. El problema se resuelve con la lógica de las cosas y a partir de una norma en la que ninguno de los servicios que numera tiene que ver con el recreo, esparcimiento o actividades recreativas, que, con su aprobación, todos los propietarios, incluidos los disidentes, tienen obligación de hacer frente a su abono con arreglo a la cuota de participación, ni puede compararse tampoco con los que menciona de forma expresa, y si con aquellos vinculados al progreso o puesta al día de la Comunidad y con la mejor utilidad y servicio de los comuneros. Una piscina es algo excepcional en una comunidad de vecinos, máxime si esta es de reciente construcción y pudo haberse dotado inicialmente del servicio, por lo que su instalación requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios en cuanto implica una alteración del Título constitutivo; consentimiento que al no haberse logrado determina la nulidad del acuerdo. [...]"

En cuanto a la redacción del art. 17 LPH tras la reforma por Ley de 8/2013, de 26 de julio, razona que no ha quedado modificado el contenido del precepto que en su día aplicó el Tribunal Supremo en la sentencia antes transcrita, sino que pasa a ser la regla 3.ª del modificado; por lo que no ha supuesto cambio alguno.

4.- La parte demandada interpuso contra la anterior resolución recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477. 2. 3.º LEC.

El escrito de interposición, se articula en un único motivo en el que tras citar como precepto legal infringido el artículo 17.4 de la LPH en su redacción dada por la Ley 8/2013, se alega la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años.

El artículo 17.4 de la LPH, tras la redacción dada por la Ley 8/2013, establece lo siguiente:

"[...] Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características.

"No obstante, cuando por el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, se adopten válidamente acuerdos, para

realizar innovaciones, nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, no exigibles y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal.

"No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso [...]".

Argumenta la parte recurrente que la sentencia de esta sala de fecha 9 de octubre de 2008, recurso n.º 1791/2003, es única y anterior a la promulgación de la Ley 8/2013, y fija como base de la unanimidad que la construcción de una piscina no es asunto de interés general. Sin que sea preciso que exista dicho interés, pues la introducción del punto 4 en el artículo 17 de la LPH permite que si se obtiene una mayoría de 3/5 de votos a favor de la realización de servicios y la cuota a abonar supera las tres mensualidades de cuota ordinaria, como sucede con una piscina, se pueda construir no estando los disidentes obligados a pagar su importe. De modo que si no participa en la construcción se le puede excluir del uso del servicio, pero lo puede usar si abona el importe, en el momento que lo desee. Indica la parte recurrente que la comunidad de propietarios recurrente está formada por 192 viviendas de las cuales más de las 3/5 partes desean construir una piscina en las zonas comunes, habiendo sido impugnado el acuerdo únicamente por una vivienda. Añade que en Córdoba hay seis meses al año con temperaturas superiores a los treinta y cinco grados, y de ellos al menos en tres la temperatura supera los cuarenta y cinco grados. En la votación los demandantes fueron considerados disidentes y excluidos del pago, no resultando comprensible la negativa a su construcción cuando las únicas causas de oposición manifestadas a la construcción de la piscina fueron económicas. Igualmente señala que la sentencia recurrida se limita a aplicar la sentencia de esta sala sin hacer mención alguna a la nueva redacción del artículo 17.4 de la LPH. Por último, señala que no existe jurisprudencia de esta sala sobre este asunto ni sobre esta nueva norma.

5.- La sala dictó auto el 7 de marzo de 2018 en el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO.- Antes de decidir sobre el recurso, y para la mejor inteligencia de la resolución de la sala, conviene hacer una serie de consideraciones a fin de eliminar confusiones que perturben el debate:

1.- El acuerdo que se impugna es el adoptado por la comunidad demandada el día 10 de octubre de 2013, y en concreto el relativo a la autorización para la construcción de una piscina en el patio del edificio.

Consta en el acta de la Junta General que, al informar la administradora sobre el acuerdo que se sometía a la decisión de los comuneros, manifestó que "hay que tener en cuenta además que los que voten en contra de la construcción de la piscina no pagan la construcción ni el mantenimiento, pero tampoco tienen derecho a usarla".

Sin citarla, se está refiriendo a la regla 4.ª del art. 17 LPH, tras la reforma llevada a cabo por la disposición final 1.5 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, y no a la regla 3.ª.

En esta última el comunero disidente no queda exonerado de contribuir a los gastos.

En la regla 4.ª, que se acomoda al acuerdo que se sometió a la Junta de propietarios, se prevé sin embargo, lo siguiente:

"No obstante, cuando por el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, se adopten válidamente acuerdos, para realizar innovaciones, nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, no exigibles y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja..."

2.- Aunque la demanda adolezca de cierta ambigüedad en su formulación, pues mezcla aspectos de la regla 3.ª con la 4.ª, no queda la menor duda que tiene presente a ésta última como *causapetendi*.

En el fundamento de derecho iv sobre el fondo de la acción se cita especialmente el art. 17.4. *in fine*, y este párrafo prevé que "No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso".



Y esta cita se encuentra estrechamente ligada a la afirmación que se hace en el número cuatro de los hechos de la demanda en el sentido de que se les priva de espacios con los que en origen contaban por su propiedad, así como que los vecinos disidentes dejarían de utilizar un espacio que les pertenece como patio de recreo de uso común.

No obstante, y ahí la ambigüedad, se hace mención a sus economías precarias y a la sentencia de esta sala de 9 de octubre de 2008, esto es, a suponer que se estaría sometiendo a acuerdo la creación de un servicio de interés general, que ahora se prevé en la regla 3.ª del art. 17 -redacción por Ley 8/2013- y que coincide con el párrafo 1.1 del art. 17 en la redacción dada por la Ley 51/2003, vigente al tiempo de dictarse la sentencia citada de la sala.

3.- Esta aparente ambigüedad, que no es tal si se está al contenido del acuerdo que se impugna, que ha sido transcrito, propició el error de planteamiento de la sentencia de primera instancia, pues consideró que para resolver la cuestión jurídica sobre la necesidad o no de unanimidad en la adopción del acuerdo se había de estar a la regla 3ª del art. 17 LPH.

Consecuencia de lo anterior es que pasase a interpretar el concepto jurídico indeterminado del interés general en relación con la construcción *ex novo* de una piscina.

4.- Ese error de planteamiento ha incidido en que la sentencia de la Audiencia haya persistido en él.

Ha considerado que el acuerdo que se impugna se encuentra dentro del ámbito de la regla 3.ª del art. 17 LPH, en la redacción dada por Ley 8/2013, que coincide en su contenido con el art. 17.1.1, según la redacción dada por la Ley 51/2003, vigente y de aplicación cuando la sala dictó la sentencia de 9 de octubre de 2008.

A continuación ha seguido la interpretación de la sala sobre el concepto de interés general en relación con la construcción de una piscina, sin compartir el criterio del juzgador de la primera instancia en aras a respetar la doctrina jurisprudencial.

5.- Una vez despejadas las confusiones mencionadas, se entiende que la parte recurrente considere en su recurso, como infringida por la sentencia recurrida, la no aplicación, y ni siquiera la mención, de lo establecido en el art. 17.4 LPH, en la redacción dada por la Ley 8/2013.

No obstante, la parte recurrida afirma, de modo incomprensible, que la recurrente alega *ex novo* la introducción del punto 4 en el art. 17 LPH, para tratar de vaciar de contenido el interés general.

Y decimos de modo incomprensible porque la que introdujo dicha regla (4.ª del art. 17 LPH) en el debate fue ella en su demanda, según expusimos.

Por tanto, podemos concluir que hay que soslayar la regla 3.ª del art. 17 LPH y la interpretación del concepto jurídico indeterminado del interés general, cuestión sumamente interesante para la doctrina y en íntima relación con la realidad social y condiciones de tiempo y lugar, como sugiere la sentencia de primera instancia (concepto dinámico y variable), por no ser de esta clase el acuerdo impugnado.

La cuestión sobre la que se ha de centrar el recurso es sobre si se ha infringido o no con el acuerdo la regla 4.ª del art. 17 LPH por la que, cumpliéndose las condiciones que prevé, se exonera de la obligación de pago al comunero disidente.

TERCERO.- La parte recurrente alega en el recurso para defender su estimación lo siguiente:

"La comunidad de propietarios recurrente está formada por 192 viviendas. De los propietarios de estas, más de los 3/5 desean construir una piscina en las zonas comunes. Solo los propietarios de una de las 192 viviendas, han interpuesto demanda de impugnación de acuerdos.

"En Córdoba hay seis meses al año con temperaturas que superan los 35 grados y de ellos al menos tres, la temperatura supera los 45 grados. Posiblemente en Córdoba tener una piscina en la comunidad, es un servicio de interés general. Pero considerarlo así, con la anterior regulación, haría que los disidentes tuvieran que contribuir a la construcción de la piscina y a su mantenimiento y eso es lo que podría ser injusto, por tratarse de una carga económica continuada.

"Con la nueva regulación ya esto no sucede. El disidente no paga y no usa pero no pierde el derecho a hacerlo cuando lo decida. De hecho, los demandantes en estos autos, votaron en contra, fueron considerados disidentes y excluidos de pago. No obstante, esto no les basta y desean que no se construya la piscina aunque una gran mayoría de sus vecinos lo deseen. No sabemos porque no quieren permitir la construcción de la piscina, ya que en ningún momento han expuesto otra causa para esta oposición que la económica, cuando no se les exige el pago".



La afirmación de que la parte actora no ha expuesto otra causa para su oposición que la económica, a pesar de que no se les exige el pago, no es cierta.

Ha manifestado además en su demanda, y así lo hemos recogido, que se le priva de espacios con los que de origen contaba, y que, de un modo práctico y gráfico, dejaría de utilizar un espacio que le pertenece con un determinado destino y uso de patio de recreo, que es de uso común.

Y el alegato fáctico lo ha enlazado con el art. 17. 4 i *n fine*: "No podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso".

Insiste la actora en ese argumento en su oposición al recurso de casación, aunque sin escapar de la ambigüedad a que ya se ha hecho referencia.

CUARTO.- Una vez que la sala ha decidido que la sentencia recurrida, por las razones expuestas, ha errado al no aplicar la regla 4.ª del art. 17 LPH, la consecuencia es casar la citada sentencia y asumir la instancia.

1.- Al asumir la instancia se aprecia que el régimen de mayorías para la validez del acuerdo se ha respetado, sin que ni siquiera sea objeto de debate, una vez desechada que fuese precisa la unanimidad.

La cuestión a decidir ha de ser, pues, por haberla introducido en el debate la parte actora, según hemos expuesto, si concurre o no la prohibición prevista en el art. 17. 4.ª *in fine* LPH .

Esto es, si la innovación, objeto del acuerdo, hace inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de los comuneros impugnantes, en concreto del patio como espacio de uso común, a efectos de patio de recreo.

2.- A tal fin, se ha de traer a colación que si bien es cierto que los derechos de disfrute de un copropietario sobre un elemento común tienen una expansión hacia el máximo de posibilidades, también se ha de ponderar la concurrencia de los derechos del resto de los copropietarios.

Para llevar a cabo esa labor de ponderación y de armonía tan necesaria para quienes conviven en régimen de propiedad horizontal, se habrá de estar a la prueba obrante en autos y colegir si, a salvo el espacio que ocupa la cubeta de la piscina, los comuneros disidentes se ven privados de modo relevante y sustancial del uso y disfrute de un elemento común, como en este caso es el patio.

El documento n.º 7 contiene el estudio previo de piscina comunitaria y aseos de la Comunidad, y en el plano se aprecia claramente que fuera de la cubeta de la piscina, único espacio que no puede ser usado por la parte actora, aquí recurrida, existe un espacio de patio y jardín suficientemente amplio como para que la parte que impugna el acuerdo pueda ver colmado su uso como patio de recreo.

Con tal solución quedan satisfechos los intereses de todos los comuneros, sin que la parte actora quede privada, de modo relevante y sustancial, del uso y disfrute del patio común.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el procurador don Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de la Mancomunidad de Propietarios Islas DIRECCION000 / DIRECCION001 / DIRECCION002 y DIRECCION003 de Córdoba, contra la la sentencia dictada con fecha 2 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, en el rollo de apelación n.º 545/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1039/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, confirmar ésta y declarar su firmeza.

3.º- No se hace imposición de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno



Rafael Saraza Jimena Eduardo Baena Ruiz

Pedro Jose Vela Torres M.ª Angeles Parra Lucan

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ