

CAPITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR LA LEY.

SECCION I.—División.

457. El art. 649 dice que “las servidumbres establecidas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó comunal, ó la utilidad de los particulares.” Sea cual fuere el objeto de una servidumbre legal, es de principio que ella no puede resultar más que de un texto formal. Es una restricción al derecho de propiedad, y esta restricción está establecida por una ley; con este doble título las servidumbres legales son de estricta interpretación. El código enumera algunas servidumbres de utilidad pública, y lo hace para remitir á las leyes particulares que son el lugar de la materia. No trata sino las servidumbres legales que tienen por objeto la utilidad de los particulares, y aun para éstas remite á las leyes sobre policía rural aquellas servidumbres que son relativas á los fundos agrícolas, artículo 652. Tal es la obligación impuesta por el código rural de 91 á los propietarios de no vendimiar ni rebuscar las viñas sino después de la apertura del pregón.

458. Del principio de que se necesita una ley para que haya servidumbre legal, se deduce que las servidumbres de utilidad privada establecidas por el antiguo derecho

consuetudinario, y no mantenidas por los códigos civil y rural, quedan abolidas. Hemos dicho servidumbres de *utilidad privada*, y no servidumbres de *utilidad pública*. Sábese que la ley del 30 ventoso, año XII, abroga las costumbres generales ó locales en las materias que son objeto del código civil; es así que las servidumbres legales de interés privado están tratadas en el código; luego todo el derecho anterior queda abrogado; la única excepción es para las servidumbres rurales, para las cuales el art. 652 remite expresamente á las leyes sobre policía rural. No pasa lo mismo con las servidumbres legales de *interés público*; el código no se ocupa de ellas, luego no hay lugar á aplicar el principio especial de abrogación establecido por la ley del mes ventoso. Síguese de aquí que las antiguas leyes continúan vigentes, á menos que una ley posterior las haya derogado.

Por aplicación de este principio se ha fallado (1) que las servidumbres consuetudinarias han sido abrogadas por el código civil, desde la publicación del título de las *Servidumbres*, aun cuando hubiesen sido objeto de una instancia pendiente al publicarse el código; no hay derecho adquirido contra la utilidad pública (2).

En el antiguo derecho los propietarios de ulleras ejercían una servidumbre en los fundos de sus vecinos, en ellos extendían el carbón de piedra en el momento de la extracción para ponerlo á secar. Un fallo pronunciado por el tribunal de Amiens había mandado este derecho. El fallo fué casado en interés de la ley. En efecto, esta servidumbre abusiva no ha sido conservada ni por el código Napoleón, ni por el código rural; luego está abrogada (3).

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 termidor, año XIII (Daloz, *Servidumbre*, núm. 61).

2 Véase el tomo 1º de esta obra, núms. 153, 160 y 161.

3 Sentencia de casación, de 21 de Abril de 1813 (Daloz, *Mjnas*, núm: 719):

SECCION II.—De las servidumbres legales de utilidad pública (1).

§ I.—ENUMERACION.

Núm. I. De la calzada.

459. La ordenanza de aguas y selvas de 1669 dice (título XXVIII, art. 7): “Los propietarios de las heredades que terminan en ríos navegables dejarán á lo largo de las orillas por lo menos 24 piés de espacio, en anchura, para camino real y tiro de caballos; sin que dichos propietarios puedan plantar árboles, ni tener cotos ó setos más cerca de 30 piés del lado en que los barcos son remolcados, y 10 piés por la otra orilla, bajo pena de 500 libras de multa, confiscación de los árboles, y de que los contraventores sean sentenciados á reparar y volver á poner los caminos en su estado y á sus expensas.” Resulta de este texto que las dos orillas de los ríos navegables están gravadas con una servidumbre en interés de la navegación; y que este camino es en las dos orillas de 24 piés de ancho; pero en aquella de las dos orillas que sirve para el tiro de caballos, la prohibición de plantar y de edificar se extiende á 30 piés, mientras que se restringe á 10 en la otra orilla. De aquí la distinción que se establece entre la senda de tiro y la calzada, la primera que sirve á los caballos que remolcan ó tiran de las barcas río arriba, y la segunda destinada especialmente á los transeuntes de á pie, pero que también facilita el salvamento de trenes y balsas. El código no observa esta terminología; en el art. 556, dice que los ribereños de los ríos navegables aprovechan el aluvión, con la carga de dejar la calzada ó camino de tiro conforme á los reglamentos; y el art. 650 sólo habla de la

1 Jousselin, “Tratado de las servidumbres de utilidad pública,” 2 vol. in-8°, 1850.

calzada, que los propietarios deben dejar á lo largo de los ríos navegables ó flotables, comprendiendo bajo el nombre de *calzada* el camino de tiro y la calzada propiamente dicha. Y es que en el art. 650 se trata únicamente de los ríos navegables, pero también de los flotables; y en éstos no hay senda para tiro de caballos, sólo hay una calzada, porque los acarreos de madera, jamás remontan la corriente, por lo que no necesitan ser remolcados. En Francia, esta diferencia entre los ríos navegables y los flotables ha sido consagrada por la ley de 15 de Abril de 1829 sobre la pesca fluvial (art. 35).

460. Como la extensión de la servidumbre difiere según que se trate de la senda de tiro ó de la calzada, es importante saber quién es el que tiene derecho para señalar la orilla en la cual se haga la maniobra de tirar de las embarcaciones. Claro es que este derecho pertenece á la administración; pero si no hay acto reglamentario ¿deberá inferirse que no habrá servidumbre? Ciertamente que nó, por más que esto se haya sostenido y fallado. La necesidad es la que ha introducido esta servidumbre, puesto que sin la carga que pesa sobre los predios ribereños, no sería posible la navegación. Existía antes de la ordenanza de 1669 que no ha hecho más que reglamentarla, y existía en Bélgica antes de que se publicara esta ordenanza en nuestras provincias. Luego había una calzada ó senda de tiro; si la administración no ha dado ningún reglamento á este respecto, es porque la servidumbre, tal como se practicaba, le ha parecido suficiente; ella la ha aprobado tácitamente, y esta aprobación es suficiente para que los tribunales apliquen las disposiciones de la ordenanza de 1669 (1).

¿Quiere decir esto que no pueda cambiarse tal estado de

1 Bruselas, 23 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 12). Compárese, Frounhon, "Del dominio público," t. 3^o, núm. 772.

cosas, si así lo exige el interés de la navegación? La ordenanza de 1669 estableció el derecho; por el hecho solo de su publicación en Bélgica, las antiguas ordenanzas que regían esta [materia han sido abrogadas; de derecho, los propietarios ribereños han sido gravados con la servidumbre tal como la define la ordenanza, salvo que la administración la restrinja, si así lo juzga conveniente; pero estas restricciones consentidas ó toleradas en nada disminuyen el derecho del gobierno, que puede á toda hora exigir la ejecución estricta de la ordenanza; luego puede trasladar la senda de tiro de una orilla á la otra. Y si los barqueros lo hacen con el asentimiento expreso ó tácito de la autoridad administrativa, los ribereños no pueden oponerse, ni reclamar una indemnización; sus heredades están sometidas á la servidumbre de tiro (1) sin que por este capítulo tengan derecho á ninguna indemnización.

461. La servidumbre de calzada tiene por efecto que los ribereños no pueden hacer ninguna plantación ni construcción en la extensión que ella abarca. Si plantan y construyen, con la autorización de la administración, ó por lo menos con su consentimiento, no resulta para ellos ningún derecho, porque las autorizaciones que otorga la administración son esencialmente revocables, no son más que una tolerancia temporal; y con mayor razón es así respecto de su consentimiento tácito. Siguese de aquí una consecuencia importante, en caso de expropiación por causa de utilidad pública; ninguna cuenta se les lleva á los ribereños expropiados del valor de las construcciones ó plantaciones, porque la demolición se habría ordenado sin indemnización. Sólo hay una dificultad respecto á la distancia. La ordenanza de 1669 no se publicó en Bélgica

1 Gante, dos sentencias de 3 de Junio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 322). Bruselas, 12 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1816, p. 406).

sino hasta el 24 de Mayo 1805; ¿debe inferirse de esto que los trabajos ejecutados anteriormente por los ribereños lo fueron legalmente, y que, en consecuencia, los ribereños tienen derecho á una indemnización? La cuestión debe resolverse según la legislación de la época á la que se remonten los trabajos. En Bélgica había ordenanzas análogas á la de 1699: tal era el cartel de 12 de Junio de 1780 expedido para el río Dendre. Si los trabajos datan de una época en que ninguna ley fijaba los límites de la servidumbre de calzada, permanécese dentro del derecho común: los ribereños tendrán derecho á una indemnización (1).

462. El código civil califica la calzada de servidumbre. Se ha sostenido que las orillas de los ríos navegables pertenecen al dominio público. Hay en la ordenanza de 1669 una expresión que parece favorecer esa pretensión; el artículo que hemos transcrito (núm. 459), dice que los ribereños deben dejar en sus propiedades 24 piés para *camino real y tiro de caballos*; si se trata de un *camino real*, se dice forma parte del dominio público. Pero no es ese el sentido de la ordenanza; ella quiere significar que es un camino real destinado al tiro y á la circulación de los bateleros. El código civil no deja duda alguna acerca de este punto. Acabamos de citar el art. 650; el 556 es igualmente decisivo, porque atribuye el aluvión á los ribereños porque son propietarios de la ribera. Sus fundos están gravados únicamente con una servidumbre, y todavía hay que agregar que esta servidumbre tiene un objeto especial, el interés de la navegación. Toda servidumbre es de estricta interpretación; luego hay que limitar la de calzada á las necesidades de la navegación. Síguese de aquí què los ribereños no están obligados á sufrir el descargue de mercancías, ni la circulación de carros y coches.

1 Gante, 17 de Julio de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 52), 29 de Julio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 387), y 3 de Junio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 327).

Núm. 2. Servidumbres de vía pública.

463. El art. 650 coloca entre las servidumbres de utilidad pública las que tienen por objeto “la construcción ó la reparación de los caminos y otras obras públicas ó municipales.” Esto es tan vago que bien á bien no se sabe de cuáles servidumbres quiere hablar el legislador. Generalmente no se cita más que la disposición del código rural de 1791, concebida en estos términos (tít. I, sec. VI, artículo 1.º): “Los agentes de la administración no podrán hacer excavaciones en un campo para buscar piedras, tierra ó arena, necesarias al sostenimiento de los caminos reales ú otras obras públicas, sino es que previamente le hayan avisado al propietario, y que éste sea justamente indemnizado en lo amistoso ó al dicho de peritos.” Esta disposición la ha reproducido la ley de 17 de Septiembre de 1807, pero con algunas modificaciones que han dado margen á litigios; el art. 55 dice: “Los terrenos *ocupados* para tomar los materiales necesarios para los caminos y para las construcciones públicas podrán pagarse á los propietarios como si se hubiesen tomado para el camino mismo. No había lugar á hacer entrar en la estimación el valor de los materiales por extraer, sino en el caso en que se apoderan de una cantera ya en explotación; entonces dichos materiales se valuarán según su precio corriente, haciendo abstracción de la existencia y de las necesidades del camino para el cual se tomaren, ó de las construcciones á que se les destina.”

La *ocupación* de que habla la ley de 1807 no es una expropiación, como se ha pretendido. *Ocupar* no quiere decir expropiar; esta palabra implica una posesión provisional del terreno que es excavado por los agentes de la administración. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. Si se tratara de una expropiación, sería

inútil el art. 55, puesto que el derecho de expropiación está regido por leyes especiales, ó derogaría estas leyes y la derogación sería de tal manera grave que sería injuriar al legislador admitir semejante interpretación como dice muy bien una sentencia de la corte de Bruselas. La ley de 1807, lo mismo que la de 91, no establecen, pues, más que una servidumbre; pero esta servidumbre legal difiere de las demás servidumbres de utilidad pública. Generalmente, estas servidumbres no dan lugar á una indemnización, mientras que ésta si da derecho á una indemnización. La razón es muy sencilla: las excavaciones tienen por último resultado la extracción de materiales necesarios; luego la administración se apodera de cosas mobiliarias que están en el dominio de un particular; en este sentido, hay expropiación, y por lo tanto, la administración debe indemnizar al propietario; le concede, además, una indemnización por la ocupación de su terreno; porque lo priva del goce de su propiedad mientras dura la ocupación.

Los términos generales del art. 650 comprenden, además, otra especie de servidumbre que se liga con los trabajos públicos. Antes de expropiar, es preciso saber qué terrenos serán necesarios para la construcción de la ruta, del canal ó del camino de fierro. Con tal objeto, los ingenieros recorren los predios, levantan planos, proceden á la nivelación de los trazos. ¿Pueden penetrar á las propiedades particulares, ocuparlas temporalmente, derribar los árboles que los embaracen en sus operaciones? La cuestión se presentó ante la corte de Bruselas que declaró *ilícitos* tales actos. A recurso de casación, la corte resolvió que el gobierno, autorizado para ejecutar ciertos trabajos de utilidad pública, tenía, por esto mismo, el derecho de ejecutar todos los actos preliminares, sin los cuales sería imposible la ejecución de los trabajos, salvo

el reparar el daño causado (1). Esta resolución debe extenderse á los concesionarios, supuesto que ocupan el lugar del Estado.

464. La ley de de 9 ventoso, año XIII, obligaba á los ribereños á plantar árboles de bosque ó frutales en los grandes caminos no plantados y en los caminos vecinales; les concedía la propiedades de los árboles, con obligación de no cortarlos, derribarlos ó arrancarlos sin una autorización dada por la administración y con la condición de reemplazarlos. En el decreto de 16 de Diciembre de 1811, que es como el código de las vías públicas, hay todavía varias disposiciones relativas á la plantación de los caminos.

Hay también restricciones á la propiedad en cuanto á las plantaciones que los ribereños hacen á los bordes de los caminos. Los reglamentos expedidos por los consejos provinciales pueden fijar la altura de los sitios. Es incontestable que la vía pública entra en las atribuciones de las autoridades provinciales. La ley de 6 de Octubre de 1791 confiaba ya la vía pública vecinal á los departamentos (tít. I, sec. VI, art. 3). Hay, sin embargo, una dificultad en nuestro derecho público; éste pone una restricción al poder de las autoridades provinciales y comunales, las cuales no pueden decretar sobre objetos que ya han sido reglamentados por leyes ó acuerdos reales.

Ahora bien, se ha dicho, el código civil determina la distancia á la cual se permite plantar setos en el límite separativo de las heredades, art. 671, y la ley de 9 ventoso, año XIII, art. 7, fija esta distancia para los ribereños de los caminos vecinales. Si las ramas salen de la línea separativa de las dos heredades, el vecino puede exi-

1 Sentencia de casación, de 2 de Julio de 1838 *Pasicrisia*, 1838, I, 336).

gir que se corten (cód. civ, art. 672). He aquí una legislación completa, luego todo lo que añadan los reglamentos, tiene que ser ilegal. La corte de casación contesta, y es perentoria su respuesta, que ninguna ley determina la altura de los setos que limitan los caminos públicos; que, por lo mismo los consejos provinciales pueden normar esta materia. En efecto, no basta que exista una ley sobre ciertas partes de una materia de policía local para que las autoridades provinciales no puedan ya reglamentarla; la ley de 10 de Abril de 1841 sobre caminos vecinales prueba lo contrario, supuesto que, á la vez que asienta algunos principios generales sobre esta materia, permite á los consejos provinciales que estatuyan sobre puntos de que ella no se ha ocupado, art. 32. Es verdad que de ello resultará una servidumbre á cargo de los ribereños, y una servidumbre sin indemnización, pero tal es la condición general de las propiedades que están á la orilla de los caminos públicos; si tienen gravámenes, tienen también ventajitas. En vano se diría que no puede haber servidumbre *legal* sin ley; los reglamentos provinciales hacen veces de leyes, y el art. 544 permite que se impongan restricciones á la propiedad, es decir, que se establezcan servidumbres por medio de leyes y de reglamentos.

465. Cuando un camino se ha hecho impracticable, ¿los ribereños están obligados á sufrir el tránsito por sus tierras? El derecho romano establecía ya esta servidumbre, que es más que de utilidad pública, puesto que la fuerza de las cosas somete á ella á las heredades ribereñas (1). Está implícitamente consagrada por el código rural de 91 (tít. II, art. 41), que á este respecto contiene la siguiente disposición: "Todo viajero qu aportille la cerca de un campo para abrirse paso pagará el daño que hace al propieta-

1 L. 14, pfo. 1, D., quemadm. Servit. amitt" (VII 4): "Cum vía publica ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet."

rio, á menos que el juez de paz del cantón resuelva que el camino era impracticable, porque entonces el daño y los gastos de acotación son á cargo de la comunidad." Hay lugar á indemnización en este caso, no por el que hace uso del paso, sino por el que, por su negligencia, ha hecho impracticable el camino; esto no es más que la aplicación del principio que rige el cuasi-delito (art. 1382). Hay, además, pasos que son de utilidad pública á la vez que de interés privado. El código rural permite al propietario de un ejambre de abejas que lo persiga en el fundo en donde se ha posado. Se admite también que el propietario de objetos arrebatados por las aguas puede para sacarlos, entrar al fundo donde han sido arrastrados. Este último punto es dudoso, porque no hay ley, pues el texto del Digesto que se cita no tiene ya fuerza obligatoria (1).

466. Según los términos de la ley de 16 de Septiembre de 1807 (arts. 50 y siguientes), los propietarios no pueden levantar ó reedificar, ó aun reparar construcciones contiguas á la vía pública, sin haber obtenido el alineamiento, y aun están obligados á hacer retroceder sus construcciones conforme á los planos decretados por la administración. El alineamiento pedido por el ribereño y concedido por la autoridad local implica una especie de contrato que da á los propietarios las ventajas que asegura la vía pública, pero los somete también á todas las cargas que trae consigo esa situación. Así es que los ribereños adquieren los derechos de salida y de vistas, el derecho de desaguar las aguas pluviales y las de los usos domésticos. En cambio, están obligados á soportar ciertas cargas que imponen las necesidades de la policía y de una buena administración: tales son los términos de una sentencia de la corte de casación de Bruselas. Así, dice la corte, la autoridad

1 L. 8, D., de incend (XLVII, 9).

municipal tiene el derecho de fijar en las paredes que dan á la vía pública las placas que indican el nombre de las calles y la numeración de las casas, lo mismo que las ménsulas ó soportes de reberberos; hay que agregar los hilos eléctricos, sea para los relojes eléctricos, sea para la correspondencia telegráfica. ¿Se dirá que éstas son servidumbres legales? Si no están directamente establecidas por la ley, de ella se desprenden indirectamente en el sentido de que las leyes dan á las autoridades comunales el cargo de la policía, y notablemente el de cuidar de la seguridad y de la comodidad del tránsito por las calles y plazas públicas.

Se ha preguntado si las autoridades locales tenían el derecho de reglamentar los carteles ó pasquines, permitiendo fijarlos en casas particulares y aun en edificios destinados al culto. Veamos las circunstancias en las cuales se presentó la cuestión. Una ordenanza de policía de la ciudad de Bruselas encarga al consejo municipal que designe por lo menos treinta muros en los cuales puedan fijarse los carteles, anuncios y avisos. El Ayuntamiento designó, entre otros, la iglesia de las Claras Ricas, tanto para los carteles provinientes de la autoridad como para otros cualesquiera. Habiéndose fijado algunos carteles, el cura los mando arrancar. Citado judicialmente, fué absuelto por el juez correccional, el cual resolvió que era ilegal el reglamento en cuya virtud se le perseguía. A moción del ministerio público, el fallo fué casado por una sentencia muy bien motivada sobre las condiciones del procurador de justicia Delebecque (1). Los considerandos de la sentencia sólo se refieren al cartel de los actos de la autoridad ó á los que exigen leyes especiales, y á este respecto no hay duda alguna. En efecto, cuando la ley ordena la publicidad, aun cuando no hable de cartel, es un de-

1 Sentencia de casación, de 5 de Febrero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 105).

recho para las autoridades encargadas de publicar los actos, el prescribir carteles, y por consiguiente, el designar los sitios en que han de pegarse. En vano se dice que la comuna debe fijar los avisos en un edificio comunal, no se fijan carteles en donde uno quiere sino en donde hay probabilidad de que sean leídos. Por esto es que en todo tiempo se han fijado en las puertas de las iglesias. Sin duda que debe conciliarse este derecho con el respeto que se debe á los lugares en donde se celebra el culto, y este cuidado atañe á las administraciones comunales. Una vez que ellas han decidido y que se han puesto en juego todos los recursos, sus ordenanzas tienen fuerza de ley. Pueden verse en la sentencia de la corte las leyes que han consagrado el derecho de las autoridades locales, derecho que al mismo tiempo es un deber.

La sentencia contiene una restricción acerca de la cual hacemos nuestras reservas. No puede pertenecer á los particulares, dice la corte, mandar fijar avisos ó anuncios en la propiedad agena y particularmente en los templos, cuyo goce pertenece á los feligreses encargados de la conservación. Indudablemente que un propietario no tiene ningún derecho en la cosa de otro propietario. Pero el que fija un cartel no lo hace en virtud de un derecho que le sea propio, sino en virtud de una ordenanza de policía. La cuestión está, pues, en saber si las comunas tienen el derecho de designar los edificios, aun cuando sean templos, para pegar en ellos los carteles, salvo el reglamentar este derecho de uso que concilie todos los intereses. No nos parece dudosa la afirmativa. Este es uno de esos casos en los cuales la propiedad sufre restricciones establecidas por reglamentos, como lo hace suponer el art. 544. Las cosas así pasaban en la antigua jurisprudencia notablemente en lo concerniente á las iglesias (1), y las leyes

1 Véanse las autoridades citadas en la requisitoria del ministerio público ("Pasicrisia," 1855, 1, 110).

modernas implican la existencia del mismo derecho (1).

467. La construcción de los ferrocarriles les ha creado nuevas servidumbres á cargo de los ribereños. No se permite plantar árboles de alto tronco, sin autorización del gobierno, sino á distancia de veinte metros del borde de los caminos de fierro, y ciertas especies de árboles, á la distancia de seis metros. La misma autorización se requieren para los amohonamientos de piedras, para las obras en construcción, en una distancia de ocho metros. Está prohibido abrir, sin autorización, canteras de arena ó de piedra y mineras á cielo abierto, á lo largo de los caminos de hierro, en la distancia de veinte metros. La misma prohibición para los hechos de balago así como para todo depósito de materias combustibles, tales como molinos de granos (ley de 15 de Abril de 1843, arts. 1-3). En cuanto á las plantaciones y construcciones que existían al establecerse el camino, dentro de las zonas prohibidas, el gobierno puede mandarlas suprimir mediante una previa indemnización, art. 5.

Estas servidumbres gravan indistintamente todas las propiedades ribereñas de las vías ferreas, y en este sentido, constituyen el estado normal de la propiedad, y por consiguiente, no dan lugar á ninguna indemnización. Más adelante veremos que éste es un principio general en materia de servidumbre de utilidad pública. De lo que resulta que en caso de expropiación de los terrenos necesarios para la construcción de una vía ferrea, para nada se tiene en cuenta la disminución de valor de los terrenos que le quedan al ribereño expropiado, por más que dicha disminución se deba á las restricciones que sufre en el ejercicio de su derecho de propiedad, en razón de la vecindad de la vía ferrea.

1 Ley de 9 de Noviembre de 1789; ley de 9 messidor, año III; artículo 118; ley de 11 brumario, año VII, art. 5; ley de 4 de Marzo de 1810, art. 6; código de comercio, art. 103.

467 *bis*. Hay una especie de servidumbre de utilidad pública que, por su origen, se relaciona con el derecho privado, mientras que por su objeto, es de utilidad pública, y por sus caracteres, es legal. Un buen número de caminos vecinales son servidumbres de paso adquiridas por las comunas en terreno de propiedad particular; en Flándes, ésta es la regla casi universal. Estas servidumbres no se han establecido por título, sino que se fundan en la prescripción, y en este sentido, son de derecho privado. Pero como sirven de vías de comunicación, participan del carácter público que distingue á estas vías; la ley belga de 10 de Abril de 1841, art. 12, las declara imprescriptibles, porque, estando destinadas á un servicio público, están por esto mismo, colocadas fuera del comercio, arts. 538 y 2226.

Estas servidumbres de paso, aunque sean de utilidad pública, no son, propiamente hablando, servidumbres legales, porque no es la ley la que las ha creado, sino la prescripción. Pero una vez adquiridas, se han vuelto legales, en el sentido de que la ley les atribuye efectos particulares; lo que en su origen era un simple derecho de paso se considera como una vía pública, inscrita como tal en el mapa de los caminos vecinales, y que sirve para todos los usos á que se destinan los caminos que son de la propiedad de la comuna. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que los ribereños pueden abrir en esos caminos salidas así como vistas y luces. Luego volveremos á tratar de los caracteres que distinguen los pasos comunales de las servidumbres de paso.

Núm. 3. De las demás servidumbres legales de utilidad pública.

468. El código civil no habla más que de las servidumbres legales de utilidad pública, hay otras varias; nos vamos á limitar á mencionarlas, porque esta materia es extra-

ña al objeto de nuestro trabajo. Según la ordenanza de 1681' los propietarios cuyas tierras ó habitaciones están próximas á un lugar de naufragio están obligados á dejar paso para que se lleven auxilios á los náufragos, y á sufrir en su propiedad el depósito de los objetos salvados (1). La ordenanza no contiene disposición expresa á este particular.

Existe otra servidumbre que puede llamarse marítima, porque se ha establecido para la conservación de los malecones y obras de defensa contra el mar. Cuando amenaza una ruptura en un dique y faltan materiales, puede tomarse todo lo que existe en los contornos de fagina y pajas, y hasta el bálago de las casas y las vigas de los techos (2). Es llegado el caso de decir: *salus populi est suprema lex*. Como esta es una verdadera expropiación, se debe indemnización, que podría ser previa; el decreto de 1811 dice que se arreglará ulteriormente.

469. Hay servidumbres legales más importantes y más onerosas, y son las que impone el interés de la defensa nacional á las propiedades vecinas á las fortalezas. La ley de 10 de Julio de 1790 (tit. I, art. 30) dice: "En lo futuro no se *edificará* ni *reconstruirá* ninguna casa ni cercado de mampostería en torno de las plazas de primera y segunda clase, ni aun en sus avenidas, más cerca que á las 250 toesas de la cresta del parapeto de los caminos cubiertos los más avanzados." La ley de 4 de Febrero de 1815 contiene una disposición semejante. "Se prohíbe, dice la ley, construir ó reconstruir casas ó paredes, formar elevaciones, hacer subterráneos, abrir pozos, ó hacer otra excavación cualquiera, dentro de la distancia de 1800 piés de la extremidad de los glacis más avanzados de las plazas fortificadas en Bélgica, bajo pena de que se destruirán dichas obras á expensas de los que las hayan ejecutado."

1 Dalloz, en la expresión "organización marítima," núm. 667.

2 Decreto de 16 de Diciembre de 1811, art. 38.

La aplicación de estas leyes ha dado margen, en Bélgica, á algunos debates judiciales á causa de la construcción de la fortaleza de Anvers. No podía ponerse en duda la fuerza obligatoria de la ley de 90 y del decreto de 1815; pero se pretendía que no se aplicaban sino á las fortalezas que ya existían al publicarse aquellas disposiciones, objeción que el texto de éstas mismas rechaza. Por lo mismo, se decía, habría necesidad de una ley para declarar una ciudad plaza de guerra; esta pretensión se rechazó igualmente; como el rey tiene á su cargo la defensa del Estado, al ejecutivo incumbe ordenar fortificaciones, salvo el concurso de las comarcas respecto á los gastos. Por último, se sostenía, y esto era más expresivo, que como la Constitución prohibía privar á los ciudadanos de sus propiedades, sin una previa y justa indemnización las precitadas leyes que ninguna conceden están abrogadas, en el sentido de que los terrenos cercanos á las plazas fuertes no pueden ser gravados con servidumbres sino en la forma y bajo las condiciones prescritas por las leyes que rigen la expropiación por causa de utilidad pública. Más adelante insistiremos acerca de esta cuestión, que también se ha decidido á favor del Estado.

Existe otra cuestión más dudosa. Un decreto de 9 de Diciembre de 1811 reproduce, agravándolas, las prohibiciones de edificar y reconstruir impuestas por la ley de 1790, en seguida, el decreto agrega: "Las disposiciones que preceden se aplicarán á las restauraciones y reparaciones de edificios, cercas y otras construcciones existentes, salvas las modificaciones que juzguemos que no son contrarias á la defensa." Esta disposición agrava la servidumbre establecida por la ley de 90, luego la deroga; en tal sentido la ley es legal. Pero sábase que, á pesar de la ilegalidad de los decretos de Napoleón, los tribunales los

aplican. No es acerca de este punto por lo que se ha suscitado debate; se ha pretendido que el decreto de 1811 está abrogado por el de 1815. La corte de Bruselas ha aceptado esta abrogación tácita, invocando la intención del autor de la ley de 1815: él quería moderar y limitar, dice la corte, las servidumbres militares establecidas por las leyes francesas (1). Sí, pero esta limitación se encuentra en el texto, y es referente al perímetro de las fortificaciones. ¿Debe irse más lejos y decir que el decreto de 1811 está abrogado? Si se tratara de una materia menos odiosa que las fortificaciones y las servidumbres que acarrear, mucho dudamos que la corte de Bruselas aceptase semejante abrogación. La ley de 1815 nada dice de las reparaciones; y ¿cómo es que no hablando más que de construcciones y reconstrucciones, habría abrogado un derecho referente á las reparaciones? ¿No es de principio que las leyes posteriores no abrogan las anteriores sino cuando sus disposiciones son incompatibles? ¿en dónde está la incompatibilidad ante una ley que prohíbe las reparaciones? Una vez aceptada la servidumbre, débese, al contrario, decir que la prohibición de reparar es la consecuencia lógica de la prohibición de reconstruir; si nó nada sería tan fácil como eludir la prohibición de reconstruir. Que las servidumbres militares sean odiosas, poco importa. Los principios de derecho no conocen favor ni odio.

470. La ordenanza de 1669 sobre aguas y bosques crea varias servidumbres por interés de la conservación de los bosques. Así es que quiere que los ribereños que posean bosques contiguos á los del Estado, los separen por zanjas de cuatro piés de ancho y cinco de profundidad; este es un medio eficaz de evitar las usurpaciones que se cometen siempre con más facilidad contra el Estado que contra los

1 Bruselas, 8 de Diciembre de 1862 ("Pasiorisia," 1860, 2, 270).

particulares. El nuevo código no reproduce esta servidumbre, sino que establece reglas de delimitación que han parecido suficientes para prevenir las usurpaciones de los ribereños. La nueva ley ha mantenido, modificándolas, varias servidumbres que la ordenanza de 1669 había creado. Hay una de ellas que se ha establecido á favor de los ribereños. El art. 210 declara que el art. 672 del código civil es aplicable á los árboles de confin de bosques y selvas, con la restricción de que los ribereños no pueden pedir la monda de las ramas que se adelantan hacia sus propiedades cuando los árboles tienen más de treinta años al publicarse la ley de 1854. Las demás servidumbres de selvas tienen por objeto conservar las del Estado y comunas. Vamos á enumerarlas (arts. 211-216).

No puede establecerse, sin autorización del rey, ningún horno de cal ó yeso, ninguna fábrica de ladrillo ó tejas en el interior de los bosques ni á una distancia menos de 250 metros.

La misma prohibición existe para la construcción de casas sobre pérticas, chozas, barracas ó cobertizos.

Ninguna construcción de casas, granjas ó edificios dependientes de aquellos puede hacerse á una distancia menor de 100 metros de los lindes de los bosques, sin autorización del rey.

Ningún individuo que habite las casas existentes en el radio de 100 metros, á cuya construcción haya sido autorizado, puede establecer ningún taller para labrar madera, ningún corral ó almacén de madera, de carbón ó de cenizas, sin la autorización especial del rey.

Ninguna fábrica para acerrar madera puede establecerse en el recinto de las selvas, ni á una distancia menos de 250 metros sino con la autorización del rey.

471. Una ley francesa de 14 de Julio de 1856 prohíbe hacer excavaciones en un cierto radio en torno de las

aguas termales, á fin de impedir que el curso del agua se debilite ó se desvíe. Como estas aguas interesan ó la salud pública, por eso mismo se consideran como de utilidad pública. Hay otra servidumbre de utilidad pública concerniente á las aguas: el art. 643 del código civil prohíbe al propietario de un manantial que cambie su curso, cuando abastece á los habitantes de una comuna del agua que necesitan. Nosotros hemos expuesto en el núm. 217 los principios que rigen esta servidumbre.

472. También el interés de la salubridad pública ha hecho que se establezcan las servidumbres referentes á los cementerios. Un reglamento de 23 praderial, año XII, artículo 2, quiere que los terrenos que se destinan á las inhumaciones estén á la distancia de 35 á 40 metros del recinto de las ciudades y aldeas. Cuando los cementerios se han trasladado fuera de las comunas, nadie puede, sin la autorización de la administración, levantar ninguna habitación, ni abrir un pozo, á menos de 100 metros de distancia (Decreto de 7 de Marzo de 1807).

§ II.—PRINCIPIOS GENERALES CONCERNIENTES A LAS SERVIDUMBRES LEGALES DE UTILIDAD PUBLICA.

473. Las servidumbres legales de utilidad pública no presentan todos los caracteres que distinguen á las verdaderas servidumbres. No existe servidumbre sino cuando el gravamen se establece en un predio y á favor de otro predio. Luego cuando las leyes imponen á los ribereños la obligación de plantar árboles en los caminos, no puede decirse que creen una servidumbre el gravamen es más bien una obligación; supuesto que consiste en hacer. Tampoco puede decirse que este gravamen, y todos los que se llaman servidumbres de utilidad pública, tengan por objeto la utilidad de otra heredad, supuesto que su objeto es proveer á un interés público. Sin embargo, tienen un ca-

rácter de realidad que las distingue de las obligaciones propiamente dichas: todo propietario del fundo sometido á la restricción que la ley impone á la heredad que él posee, y el gravamen pasa á todos los detentores del fundo. Las cargas que gravan una heredad, disminuyen su valor. De aquí la cuestión de saber si las servidumbres de utilidad pública dan derecho á una indemnización.

474. La cuestión está zanjada por nuestra legislación á favor del Estado. A menudo se ha invocado contra el Estado la disposición de la constitución por cuyos términos nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnización. Si nos atuviésemos á la noción jurídica de la servidumbre, habría que decir que siendo toda servidumbre un desmembramiento de la propiedad, implica, por esto mismo, una expropiación parcial; ahora bien, que haya expropiación parcial ó total, el derecho de propiedad es igualmente sagrado en sus diversos atributos como en el conjunto de las facultades que la constituyen. Luego, diríase, el propietario debe ser indemnizado, así cuando se le priva de una parte de su derecho como cuando se le despoja de todo él. Nuestras leyes no admiten esta teoría. El art. 11 de la constitución no hace más que reproducir el art. 545 del código civil; esta última disposición sigue inmediatamente después de la definición que el legislador da de la propiedad; ¿y qué es lo que dice el artículo 544? Comienza por declarar que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta; pero agrega inmediatamente: "con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes ó por los reglamentos." Luego hay restricciones á la propiedad establecida por las leyes y los reglamentos. Por lo tanto, la propiedad no es un derecho absoluto, sino un derecho modificado por el interés de la sociedad, porque las res-

tricciones de que habla el art. 544 se han impuesto á la propiedad por un interés general; éstas son precisamente las que el código llama servidumbres legales de utilidad pública. Luego, ¿de qué se quejaría el propietario cuando se impone á su heredad uno de estos gravámenes que se llaman servidumbres? ¿Dirá, acaso, que se le priva de una parte de su derecho? No se le puede privar de lo que no tiene; y él no tiene el derecho absoluto que pretende tener, sino un derecho susceptible de ser modificado por interés general. En definitiva, estas modificaciones y restricciones son el estado natural de la propiedad. Y se comprende esto. La vida social sería imposible si la propiedad fuese absoluta; ésta debe hacer sacrificios, ora al derecho igual de los demás propietarios, ora al derecho de la sociedad. Hé aquí por qué el art. 544 al definir la propiedad como un derecho restringido por las leyes y reglamentos, no agrega que el propietario tiene derecho á una indemnización en razón de estas restricciones. El artículo siguiente no concede indemnización sino cuando el propietario es privado de su cosa, y aquél cuya heredad está gravada con una servidumbre no puede decir que esté privado de su heredad, supuesto que la conserva, y la conserva tal como existe en el estado de sociedad.

475. Esta doctrina fué reconocida al discutirse la ley de 15 de Abril de 1843, relativa á la policía de los caminos de fierro. Esta no concede indemnización por las servidumbres que crea á cargo de los predios ribereños. En el Senado se atacó este sistema como inconstitucional, se propuso una enmienda para dar una indemnización á los propietarios cuyo derecho se restringía en virtud de la nueva ley; pero la proposición no tuvo eco, los ministros la combatieron porque trastornaba la noción de propiedad, tal como la define el código civil (1). La cuestión se

1 *Monitor belga* de 11-12 de Abril de 1843.

ha llevado ante los tribunales con motivo de las servidumbres militares, y ha recibido la misma solución. Estas servidumbres son onerosas, y sin compensación para el que las soporta; pero son un gravamen que reclama el más poderoso de todos los derechos, el derecho de conservación. Ciertamente es que esta carga pesa exclusivamente sobre algunas ciudades que están consagradas á la defensa nacional; lo que no impide que por su naturaleza la carga sea general, en el sentido de que toda ciudad puede llegar á ser una plaza de guerra. Por esto es que las leyes no han concedido indemnización á los propietarios, y los tribunales han debido rehusarla á las partes lesionadas.

476. Hay, no obstante, algunos casos en que las servidumbres de utilidad pública dan derecho á una indemnización. Estos casos los hemos mencionado al enumerar las servidumbres que la ley establece por interés público. Cuando la ley misma lo dice, no hay duda alguna. Sólo que podría preguntarse por qué el legislador concede una indemnización para tales servidumbres, mientras que por regla general no la concede. Razón jurídica no la hay; bajo el punto de vista del derecho, ninguna diferencia existe entre las diversas servidumbres; porque todas tienen por principios la utilidad pública. Esto sólo puede ser por motivos de equidad; pero el legislador es el único juez de la equidad. Esto equivale á decir que se necesita una disposición expresa para que los propietarios puedan reclamar una indemnización. La corte de Bruselas va más lejos; admite que hay también lugar á indemnización "cuando la servidumbre implica una empresa sobre la propiedad, un ataque á los derechos que ejerce el propietario" (1). Esto nos parece muy vago, y por lo mismo, muy arbitrario. ¿Cuándo puede decirse que la servidum-

1 Bruselas, 6 de Agosto de 1862 ("Pasierisia," 1864, 2, 153).

bre emprende sobre la propiedad? En teoría, toda servidumbre restringe la propiedad sometida; luego toda servidumbre daría derecho á una indemnización. ¿Será preciso “que ella ataque los derechos que ejerce el propietario?” Por segunda vez decimos que, toda servidumbre disminuye los derechos del propietario; en este sentido, toda servidumbre es un ataque á los derechos de éste. Se abre una minera en un terreno libre de toda servidumbre. El estado construye una vía ferrea; por causa de esto la explotación de la minera tiene que suspenderse, puesto que el propietario no puede extender su explotación dentro del radio gravado de servidumbre. Evidentemente que ésta es una empresa sobre la propiedad, un ataque á un derecho ejercido por el propietario; sin embargo, la corte de Lieja falló muy bien que no había lugar á indemnización (1). Así, pues, nosotros preferimos atenernos al principio riguroso, tal como está formulado en una requisitoria del promotor fiscal de la corte de casación, la cual hemos tenido ocasión de citar: “La indemnización no es una obligación por una parte, ni un derecho por la otra, no es más que la expresión de esa indicación con la que un gobierno humano debe ejercer siempre sus poderes; así, pues, no es debido sino en virtud de una disposición expresa (2).

477. Síguese de aquí que si la servidumbre legal resulta de trabajos de utilidad pública, para nada se la tiene en cuenta en valuación de la indemnización que se paga á los propietarios expropiados, cuyas heredades están gravadas con la servidumbre. Así es, notablemente, cuando algunos terrenos se expropian parcialmente para el establecimiento de un camino de fierro ó para la construcción de

1 Lieja, 30 de Abril de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 297). Compárese, Bruselas, 6 de Julio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 393).

2 Legteroq, Requisitoria (“*Pasicrisia*,” 1845, 1, 405).

fortificaciones. Los propietarios que se ven expropiados á la vez que gravados con servidumbres han hecho repetidos esfuerzos para obtener una indemnización por el capítulo de las servidumbres que la expropiación parecía imponerles, pero casi siempre han fracasado. En efecto, no es la expropiación el principio de la depreciación que sufren sus terrenos, sino que el interés es el que les impone el gravamen; sus vecinos no expropiados lo sufren tanto como ellos, y ¿si estos no pueden reclamar una indemnización, con qué derecho los propietarios expropiados la reclamarían? (1). Parece que algunas veces la equidad defiende la causa de éstos. Convertidos en ribereños de un camino de fierro, les está prohibido explotar las minas y canteras en una zona determinada, y el perjuicio que por esto padecen es considerable. Y ¿quién les causa ese daño? ¿no es el Estado el que los expropia? Se responde, como acabamos de hacerlo, que el legislador es el único que puede derogar el derecho estricto por consideraciones de equidad; como la ley no ha otorgado indemnización, el juez debe decidir conforme al rigor de los principios. Ahora bien, para que haya lugar á indemnización en caso de trabajos públicos, se necesita un hecho real de expropiación; aquél á quien se prohíbe que explote las minas y canteras en una cierta zona atravesada por una vía férrea no está privado de su propiedad, sino que se restringe su derecho de gozar; esta restricción no es la consecuencia directa de la expropiación, porque no es por interés de la expropiación por lo que se ha establecido, supuesto que el que expropia no saca ninguna ventaja; si el propietario ya no puede gozar libremente, es porque á ello se oponen ciertos motivos de interés general, y el derecho del individuo tiene que cejar ante el derecho de la socie-

1 Gante, 30 de Noviembre de 1855 (*Basierisia*, 1856, 2. 76).

dad, ó por mejor decir, ni siquiera tiene un derecho que oponer á la sociedad, supuesto que la condición natural de la propiedad es la de estar subordinada á la utilidad pública en cuyo nombre la ley puede siempre imponerle restricciones.

478. La utilidad pública, que es el principio dominante de las servidumbres que el interés general impone á los propietarios, tiene otra consecuencia, y es que estos gravámenes pesan hasta sobre los bienes pertenecientes al Estado, á las provincias y á las comunas. Ninguna duda hay cuando se trata del dominio privado del Estado, porque estos bienes están sometidos á las reglas generales de la propiedad. Es verdad que no pueden enagenarse sino su virtud de una ley, y el establecimiento de una servidumbre es una enagenación parcial. La respuesta á la objeción es fácil y perentoria: las servidumbres legales tienen su causa en una ley, por lo que á nombre de la ley es como los bienes del Estado se gravan con servidumbres. Se ha fallado por aplicación de estos principios, que los bosques comunales están sujetos á la servidumbre de paso que la ley de 1791 establece sobre los fundos ribereños de un camino público, en el caso en que el camino es impracticable (1). El prefecto de un departamento había mandado reparar una pared construida en el espacio reservado por la ordenanza de 1669 para la calzada; él había debido pedir el consentimiento de la compañía concesionaria del canal sobre cuyas orillas se hallaba la propiedad departamental; no habiéndolo hecho, estaba en contravención, el departamento fué sentenciado, en su persona, á multa (2). Existen ordenanzas del consejo de Estado en al mismo sen-

1 Sentencia de denegada apelación, pronunciada por las salas reunidas, de 21 de Diciembre de 1835 (Daloz, *Selvas*, núm. 704).

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 23 de Julio de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 401).

tido en lo que concierne á los bienes comunales. Cuando se trata de un bien del Estado perteneciente al dominio público, la cuestión se vuelve dudosa. Nosotros la hemos examinado en el núm. 130. Se ha fallado conforme á la opinión que estamos enseñando, que los bienes pertenecientes al dominio de la comuna, aunque declarados imprescriptibles, están sujetos al paso en caso de enclave, y esta servidumbre es una verdadera servidumbre de utilidad pública, puesto que se establece por interés de la agricultura (1).

479. ¿Se puede, por medio de convenios particulares, derogar las leyes que establecen servidumbres de utilidad pública? El art. 6 del código civil contesta á la pregunta: por lo mismo que estas servidumbres son de interés general, las leyes que las crían son concernientes al orden público, tomando esta expresión en su más amplia acepción: por lo mismo es aplicable el art. 6. Tales son las servidumbres establecidas por la ordenanza de 1669 para la conservación de las selvas. Podría creerse que estas servidumbres, en tanto que se aplican á bosques pertenecientes á particulares, son de interés privado, y que en consecuencia, los propietarios, que son los únicos interesados, pueden renunciar á garantías que sólo por favorecerlos se han introducido. Pero la corte de casación ha fallado muy bien que la ordenanza, por la naturaleza y el objeto de sus disposiciones, es una ley de policía general y de orden público (2). Esto decide la cuestión. Ella ha sido objeto de un solemne debate ante las salas reunidas de la corte de casación de Francia. El caso no podía ser más favorable á los usuarios. Un tratado celebrado entre el duque de

1 Sentencias de denegada apelación, de 7 de Mayo de 1829 (Dalloz, "Acción posesoria," núm. 454).

2 Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, de 22 de Junio de 1826 (Dalloz, *Selvas*, núm. 1539, 4º).

Mazarino y los usuarios de Mayena permitía á éstos mandar pasar á sus ganados en toda la extensión de la selva, á reserva de los sitios en donde estuviesen los cortes de siete años para abajo. Este tratado, obra de Colvert, derogaba la ordenanza. La corte de casación declaró nulo el tratado como contrario á una ley de orden público (1). En otro litigio los usuarios invocaban una transacción por la cual el señor había renunciado á todo procedimiento judicial en razón de los delitos que podrían cometerse en sus bosques. Mientras más favorable á los usuarios era la transacción, más estaba en oposición con un principio fundamental de derecho; no se puede, ni aun por un motivo de humanidad, derogar una ley de orden público. La corte de Bourges había creído que se debía ejecutar el convenio, y su sentencia fué casada (2). Déjase entender que el mismo principio sería aplicable á los convenios que se emancipasen á los predios ribereños de las servidumbres que los gravan en provecho de los bosques del Estado y de las comunas en virtud del código de selvas.

SECCION III.—De las servidumbres legales establecidas para utilidad de los particulares.

§ I.—DE LA CO-PROPIEDAD CON INDIVISION FORZOSA.

Núm. 1. Principios generales.

480. Sucede á veces que una cosa está afecta al uso común de dos ó varias heredades pertenecientes á propietarios diferentes, y que esta cosa forma un accesorio indispensable de esas heredades, de suerte que su explotación se volvería imposible, ó por lo menos se embarazaría si

1 Sentencia de casación, de 19 de Noviembre de 1836 (Daloz, *Selvas*, núm. 1463).

2 Sentencia de casación, de 26 de Marzo de 1847 (Daloz, 1847, 1, 350).

los propietarios interesados no pudieran servirse de la cosa cuyo uso es común. Vamos á dar algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia.

En la antigua provincia de Béarn, es de uso casi general que las casas no estén separadas por pared medianera sino que se hallan en un estado completo de aislamiento y forman lo que los romanos llamaban islas.

Se da el nombre de *callejueta* al estrecho espacio de tierra que existe entre las casas. Estas *callejuetas* se destinan á recibir las aguas pluviales que bajan de los techos, sirven para los derrames de las casas y para el establecimiento de inodores. Todo hace presumir, dice la corte de Pau, que las *callejuetas* se han establecido por interés común de los propietarios contiguos, y que les pertenecen en común, lo mismo que en otras partes las paredes que separan dos edificios son medianeras (1).

En la antigua Provenza, se llaman *camino vecinales* ó de *carriada* los caminos de servicio que, atravesando varias propiedades sirven para la explotación de todas las heredades ribereñas, á los que comunican con las vías públicas que se hallan al principio ó al fin de dichos caminos. Se presume, dice la corte de casación, que en su origen, fueron establecidos por todos los vecinos interesados en su creación, y constituyen, por consiguiente, entre ellos una propiedad común (2).

481. Una primera dificultad se presenta en esta materia, y es grande. ¿Cómo se probará que las cosas necesarias á varios propietarios contiguos les son comunes? ¿Acaso no pueden ser la propiedad exclusiva de uno de los vecinos, y estar gravadas con una servidumbre en provecho de los demás? ¿Cómo se distinguirá la co-propie-

1 Pau, 29 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1869, 2, 144).

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 383).

dad de la servidumbre? La propiedad puede adquirirse por prescripción, mientras que la servidumbre de paso no prescribe. Luego hay una posesión que los ribereños pueden invocar, y es la que conduce á la propiedad, y hay una posesión que no se puede invocar, y es la que conduciría á la servidumbre. ¿Cómo distinguir estas dos especies de servidumbre? ¿No llegará á suceder que, no pudiendo prevalerse de la posesión para la adquisición de la servidumbre de paso, los ribereños se prevaldrán de aquélla para establecer la propiedad en su provecho? Nosotros hemos examinado estas cuestiones en los números 164-168. La jurisprudencia, como acaba de verse, ha resuelto la dificultad creando presunciones. Esto es abusar extrañamente de este medio fácil, pero peligroso de decidir las contiendas. El código no le atribuye más confianza que á la prueba testimonial, y ya se sabe como desconfía de los testimonios (art. 1353). Fuera de las presunciones del hombre que no son admisibles sino cuando el valor del litigio no excede de cien francos, no hay más presunciones que las que la ley establece; y ¿en dónde está la ley que presuma que las cosas necesarias á varias personas les pertenezcan en común? La corte de Pau invoca la presunción de medianería que la ley establece para las paredes que separan dos edificios. Esto, por lo mismo, tiene una apariencia de argumento jurídico, pero sólo una apariencia: ¿acaso no es un principio elemental que las presunciones son de la más estricta interpretación, y que jamás se las puede extender de un caso á otro, aun cuando sea por razón de analogía?

Hay, pues, que dejar las pretendidas presunciones, imaginadas por la necesidad de la causa, y ajustarse á los principios generales que rigen las pruebas. El actor es el que debe establecer el fundamento de su demanda. El pretende ser propietario, y tiene que probarlo. Esto es difi-

cil, en buena hora, pero la dificultad de la prueba no es una razón para recurrir á presunciones que la ley ignora. En una sentencia de la corte de Bruselas encontramos la aplicación de estos principios. Los títulos invocados por las partes eran oscuros, insuficientes. Fué preciso proceder á una visita de peritos para comprobar el estado de los lugares y al mismo tiempo la posesión. Y quedó comprobado que desde tiempo inmemorial existía entre dos casas uno de esos estrechos espacios denominados *callejuelas*. Entre otros usos, esta callejuela servía para recibir las aguas pluviales que bajaban de los techos de las dos casas; para este efecto, se había practicado una canal de mampostería en el terreno en litigio. Uno de los vecinos reclamaba la propiedad exclusiva de la callejuela, pero no probaba que alguna vez hubiese ejecutado un acto de propiedad exclusiva. Por el contrario, el estado de los lugares y una posesión inmemorial deponían contra semejantes pretensiones. Como los cimientos que existían debajo de la callejuela no formaban, según expresión de los peritos, más que un solo espesor, eran medianeros; por lo mismo la canal puesta encima de dichos cimientos era también medianera; y por vía de consecuencia, la callejuela debía también considerarse como tal. Por mejor decir, una posesión inmemorial comprobada la co-propiedad del terreno litigioso (1).

482. ¿Esta co-propiedad implica una indivisión forzosa? Se lee en una sentencia de la corte de casación: "Toda vez que entre dos propiedades y dos establecimientos principales, poseídos principalmente por dos diferentes propietarios, exista un objeto accesorio, una dependencia

1 Bruselas, 29 de Marzo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 146). Compárese, sentencias de denegada apelación, de 10 de Enero de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1107, 2^o), y de 12 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 346).

de tal manera necesaria para la explotación de dos propiedades principales, que, sin su posesión y goce común, las mencionadas propiedades principales serían ó de ningún uso ó de un uso notablemente deteriorado, entonces, para no sacrificar lo principal á lo accesorio, no hay lugar á la partición de dicho objeto accesorio" (1). Se trataba en el caso al debate, de la dependencia de un molino cuyo goce común era absolutamente necesario para la explotación de dos propiedades contiguas. Las mismas partes habían reconocido esta necesidad, conviniendo en que no podría solicitarse la partición. Es claro que este convenio no habría impedido la demanda de partición. En efecto, según los términos del art. 815, "á nadie se le puede obligar á permanecer en la indivisión, y á toda hora puede provocarse la partición, no obstante las prohibiciones y *convenios* en contrario." Así, pues, el convenio era nulo. ¿Pero cómo es que la indivisión pueda ser forzosa, cuando una disposición de orden público reprueba la indivisión forzada? La corte de casación ha palpado la fuerza de la objeción; el artículo que acabamos de transcribir agrega que "se considera que los dos propietarios permanecen, á este respecto, menos en una indivisión que en una "servidumbre recíproca" el uno respecto del otro." Otra sentencia dice que esta comunidad de ciertos objetos divididos constituye una servidumbre recíproca de uno de los propietarios respecto del otro (2). Esto es lo que los autores llaman servidumbre de indivisión. La expresión está mal escogida, porque en el caso de que tratamos la cuestión no es de servidumbre, supuesto que ninguno de los caracteres de la servidumbre existe (3). Esto sería,

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1823 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1520).

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Agosto de 1832 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 33, 2º).

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 411, nota 1. Compárense los autores que allí se citan.

pues, una obligación; pero ¿cómo admitir sin ley una servidumbre legal? ¿y aun mucho más, una obligación legal contraria á la disposición expresa del art. 815? Decir con la corte de casación que no hay indivisión forzada, que hay servidumbre recíproca, es pagarse de palabras. La verdad es que hay co-proprietarios que no pueden pedir la partición, por lo que se hallan en estado de indivisión, y ésta realmente es forzada. Surge ahora la cuestión de saber si el art. 815 permite que haya una indivisión forzada. Esto nos parece muy dudoso.

La única razón que invocan los autores y la jurisprudencia, es la necesidad. Se supone que es imposible dividir la cosa común; si fuese posible la partición, el art. 815 recobraría su imperio. El remate es igualmente imposible, porque tendría por resultado dar la propiedad exclusiva de la cosa á uno de los co-proprietarios, y entonces ¿cómo explotaría el otro la heredad, no teniendo el uso de la cosa sin la cual no puede hacerse la explotación? A nuestro modo de ver, una imposibilidad de hecho no se puede oponer á una ley de orden público. En efecto, ¿de qué proviene esa imposibilidad? Depende, en definitiva, de las partes. Si nos remontamos al origen de la co-propiedad de las callejuelas, de los caminos de explotación, de los patios ¿qué será lo que encontremos? Un convenio que consagra una cosa á un uso común. Luego las partes son las que al establecer una co-propiedad la hacen indivisa con el efecto de que la indivisión será perpetua. ¿No es esto contravenir abiertamente á la prohibición del artículo 815? En vano se apela á la necesidad. Las partes interesadas son las que han creado esa necesidad. Tomemos el caso más favorable. Se divide una casa y se deja la puerta cochera y el patio comunes entre los co-proprietarios; tal es el caso sobre el cual recayó la sentencia de la

corte de casación de 1832, y la de 1823 tiene por objeto un caso sobre más ó menos idéntico. Sin duda que después de la partición se hace imposible explotar las dos fracciones de casa sin el uso común de la puerta y del patio. Pero ¿quién ha puesto á los co-partícipes en esa imposibilidad? Ellos mismos. Ellos han querido dividir una cosa que era indivisible, supuesto que no había más que un patio y una puerta para una casa que se quería dividir en dos partes. Esta no era la vía legal, porque cuando una cosa es indivisible se remata, art. 1686. En lugar de hacerlo así, á los propietarios les parece bien mantener la indivisión respecto á la puerta y al patio á la vez que dividían la casa; luego por propia voluntad se colocan en una dificultad que no tiene salida. En efecto, hélos aquí que cada uno es propietario de una casa sin puerta exclusiva y sin patio; ellos poseen en común estas cosas indispensables. Pero si uno de ellos pide la partición del patio y de la puerta, ¿qué contestará el otro? ¿Que hay indivisión por necesidad? El mismo es el que se ha puesto en esa necesidad, por lo que él será el que sufra las consecuencias. La consecuencia no puede ser que dependa del que voluntariamente ha creado una co-propiedad, volverla indivisa á perpetuidad, á pesar del legislador.

Las más de las veces no existe la imposibilidad que se invoca. ¿En dónde está la necesidad de tener una *callejuela* para que en ella se derramen las aguas pluviales? La ley ha proveído á ésto permitiendo á los propietarios que dejen derramar el agua á la vía pública. En cuanto á las aguas de uso doméstico, á las autoridades locales corresponde proveer á su desagüe. ¿Debe agregarse que los inodoros pueden y deben practicarse en cada casa? En la mayor parte de las provincias no se sabe que cosas sean las *callejuelas*; por lo que la pretendida necesidad que exige su indivisión proviene aún de un acto voluntario.

Pasa lo mismo con los caminos vecinales. La necesidad de un paso sólo existe cuando hay enclave, y el código ha proveído á este caso. No pretendemos nosotros poner en duda la utilidad que puede haber, en algunas circunstancias, en usar cosas comunes con indivisión forzosa. Pero como el art. 815 prohíbe la indivisión por motivos de orden público, sólo el legislador habría podido admitir una excepción sin ley; sobre todo, no puede haberla cuando se trata de derogar una ley de orden público.

483. ¿Cuáles son los derechos de los co-proprietarios? Claro es que tienen los derechos que en general, corresponden á los comunistas. Siendo propietarios, pueden usar de la cosa, emplearla en todos los usos á que está destinada por propia naturaleza; así es que se aplican á los comunistas los principios que rigen la propiedad, y no los principios mucho más restrictos que rigen el ejercicio de las servidumbres. Pero los comunistas no son propietarios exclusivos, sino que son co-proprietarios, y cada uno tiene un derecho igual en la cosa; síguese de aquí que el derecho de uno está limitado por el derecho de otro, en el sentido que uno de ellos no puede usar de la cosa común de modo que impida que los otros la usen, ó que atente á sus derechos. Tal es la regla general para todos comunista. ¿Recibe esta regla una excepción en el caso de indivisión forzada? Así lo pretenden: cada uno, se dice, puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes como de una cosa propia (1). Si la indivisión fuese realmente forzosa, podría decirse que nace de la necesidad que cada uno de los comunistas tuviese de la cosa, y por consiguiente, de sus diversas partes, y que uno debe, pues, considerarse como sólo y único propietario. Pero el punto de partida es discutible. Nosotros no admitimos que

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 412. Compárese, Caen, 24 de Agosto de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 764, 2º).

haya indivisión forzosa. Sin embargo, hay un matiz entre la co-propiedad de que estamos hablando y la co-propiedad ordinaria. Que sea ó nó forzoso, de todas maneras no se ha organizado sino porque todos los comunistas tenían necesidad igual de la cosa que ponen ó que dejan en común; la cosa les es necesaria por el todo, luego pueden usarla por el todo; y el juez debe, en la decisión de las diferencias que surgen entre ambas, mostrarse más amplio que si se tratara de una indivisión ordinaria. He aquí, según creemos, una diferencia que resulta de la naturaleza de esta co-propiedad: cada uno tiene un derecho más extenso; pero por lo mismo cada uno debe también tolerar más de su co-propietario, y el juez no dará oídas fácilmente á las quejas que el uno formule contra el otro; ellos deben soportar tales inconvenientes, puesto que cada uno los causa á su turno.

484. Vamos á aplicar el principio á la co-propiedad de una callejuela ó de un patio. Se pregunta si cada uno de los vecinos puede practicar en su edificio luces y vistas, sin observar las disposiciones reletivas de los arts. 676 y siguientes. Parécenos que antes que todo debe consultarse el destino de la cosa común, supuesto que el principio es que cada uno de los comunistas tiene el derecho de servirse de la cosa para el uso á que está destinada. Si se trata de un patio, casi no hay duda, porque está destinado á dar luz y aire á los edificios contiguos: la intención de los propietarios que lo dejan en común es, pues, que cada uno pueda abrir hacia el patio las vistas que juzgue convenientes. No estamos dentro del caso previsto por los arts. 676 y siguientes. El código supone propiedades exclusivas cuyos dueños tienen en principio el derecho de oponerse á toda vista que dé hacia su heredad; mientras que, en el caso de que estamos tratando, dos propietarios han dejado en común un patio que debe procur

rar á cada uno aire y luz; luego derogan, por el convenio de indivisión, las restricciones que tienen su razón de ser en la propiedad exclusiva; sin duda que de ello resultarán inconvenientes para el co-proprietario, pero debe soportarlos, supuesto que él, por su parte, puede causarlos á su vecino. ¿Debe aplicarse el mismo principio á las *callejuelas*? Esta es cuestión de hecho más que de derecho, supuesto que la intención de las partes es decisiva. No puede decirse *a priori* y de una manera absoluta, que las callejuelas sirven para el paso, y no para procurar aire y luz á los edificios contiguos, como tampoco puede afirmarse lo contrario; luego en las dudas, hay que pronunciarse por el derecho más amplio. Esto es lo que ha hecho la jurisprudencia.

La corte de casación había aplicado primero la ley de una manera restrictiva, en el sentido de que el propietario de una callejuela no podría tener sobre ella vistas rectas, sino en tanto que dejase un espacio de diez y nueve decímetros (seis piés) entre el edificio en que aquéllas estén practicadas y la parte media de la callejuela (1). Esta era una falsa interpretación de la co-propiedad; precisamente porque la callejuela es una propiedad común, no puede decirse que la propiedad de cada uno de los comunistas no se considera extendida sino hasta la mitad de la callejuela, porque se extiende á toda ella; luego la vista recae á la vez en la propiedad del que la practica y en la propiedad de su vecino. Esto equivale á decir que la cuestión no debe decidirse por los principios que restringen el derecho de abrir vistas en razón de la propiedad exclusiva de los vecinos, sino que se decide por los principios más amplios que emanan de la co-propiedad. La corte de casación ha insistido en su jurisprudencia. En el nue-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1831 (Dalloz, "Servidumbre," núm. 705).

vo caso, la callejuela toma una anchura de veintisiete decímetros. Uno de los propietarios levantó su edificio y practicó vistas que daban á la callejuela. El otro comunista reclamó; él decía, basándose en la primera jurisprudencia de la corte, que la heredad del vecino comenzaba en la línea ficticia que dividía la callejuela en dos partes iguales; no teniendo la callejuela más que veintisiete decímetros de ancho, las vistas nuevas no se hallaban á la distancia legal de diez y nueve decímetros. Esto era colocar el debate en el terreno de la propiedad exclusiva regida por el art. 678. Y se necesita, dice el informante Mesnard, colocarla en el terreno de la co-propiedad. Cuando una cosa es común, el goce de los comunistas abarca todos los modos que tolera la naturaleza y el destino de la cosa. El derecho de cada comunista es completo en el todo y en cada parte, y se puede ejercitar en una extensión que no tenga más límites que el derecho igual al otro comunista. ¿Cuál es el destino de una callejuela? La ley no le da ninguno, como lo hace en caso de medianería; se supone que el convenio de las partes no ha limitado su uso á un destino especial; por lo que el propietario tiene derecho á abrir hacia ella vistas, y el otro comunista puede usar del mismo derecho. En el caso al debate, casi no podía haber duda alguna, puesto que aquél de los comunistas que había practicado vistas poseía ya una puerta y una ventana que daban á la callejuela; luego estaba probado que la callejuela servía para recibir el aire y la luz; lo que era decisivo. La corte falló que uno de los co-proprietarios de una cosa común puede usarla libremente, con tal que no cambie su destino legal ó convencional, y que no atente al derecho recíproco de goce del otro comunista (1).

1 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 256).

485. El derecho de los comunistas está limitado por el derecho igual de los co propietarios. ¿Cuál es este límite? Se ha fallado que uno de los co-proprietarios no puede sin el concurso de los demás, ó sin hacer que con ellos se falle cambiar el estado de los lugares (1). Esta sentencia no decide que los comunistas no puedan hacer ninguna innovación, sino que únicamente quiere que el que se propone hacer cambios pida el consentimiento de los demás propietarios, salvo el dirigirse á la justicia, si niegan su concurso. Luego puede haber innovaciones á pesar de la oposición de los comunistas. En efecto, operar cambio, trabajos de mejoramiento, es un derecho del propietario; es así que el comunista es propietario, luego está en su derecho al innovar; pero no es propietario exclusivo, por lo que debe ejercer su derecho de manera que no perjudique á los demás. Estos tienen derecho á reclamar, no á causa del hecho aislado de la innovación, sino cuando ésta les causa un perjuicio; si su derecho no está lesionado ni amenguado, no pueden querellarse. Los tribunales tienen, en esta materia un poder de conciliación que resulta de la naturaleza de las cosas. Esto pasa en las contiendas que se suscitan sobre el uso del agua, porque este uso también es una especie de co-propiedad, que implica un derecho igual (art. 645). Otro tanto debe decirse de la co-propiedad indivisa. Difícil es que uno de los co-proprietarios haga cambios sin que de ellos resulte algún inconveniente para los demás, aun cuando no sea más que un trastorno en los hábitos de éstos. ¿Quiere decir esto que el menor perjuicio sea suficiente para darles acción? La corte de Metz ha fallado muy bien que los tribunales deben pesar las ventajas que produce la innovación para uno de

1. Sentencia de denegada apelación, de 17 de Noviembre de 1840 (Daloz, "Servidumbre," núm. 921).

ellos y las desventajas que resultan para los otros, y autorizar, en consecuencia, ó prohibir los trabajos (1).

Conforme á estos principios es como debe decidirse la cuestión de saber si los co-propietarios pueden servirse de la cosa común para otros bienes que los que han motivado la indivisión. Al hacerse una partición, los co-participes dejan en común un terreno para que sirva de paso; ¿pueden servirse de él para bienes que no estén comprendidos en la partición? Si de esta extensión del derecho de co-propiedad ningún perjuicio resulta para los demás comunistas, éstos no pueden hacer oposición. Hacer de su cosa el uso que le convenga, es un derecho del propietario; sólo en caso de co-propiedad, este derecho debe conciliarse con el de los demás comunistas. Si al extender el uso á bienes para los cuales no se ha creado la indivisión, el co-propietario daña á los demás comunistas, hay un uso abusivo, y los tribunales lo reprimirán.

486. Los gravámenes de los co-propietarios son comunes, y esto no tiene duda; se pregunta en qué proporción. A primera vista, podría creerse que teniendo cada uno un derecho igual en la totalidad de la cosa, los gravámenes deben ser soportados conforme al mismo principio de igualdad, es decir, por mitad, sin tomar en consideración el valor de las dos propiedades. En efecto, la cosa común ofrece la misma ventaja y produce la misma utilidad á los dos propietarios; por lo que el gravamen debe ser estrictamente igual. La opinión contraria prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia. Se funda en el texto del código.

El art. 664, del cual vamos á ocuparnos, decide que cuando los diversos pisos de una casa pertenecen á distintos propietarios, las cosas comunes tales como las paredes maestras y el techo, están á cargo de todos los pro-

1 Metz, 6 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 196).

pietarios, á cada uno en la proporción del valor del piso que le pertenece, por más que estas cosas aprovechen á todos. Pero ¿no podría objetarse que el caso regido por el art. 644 es enteramente especial? Más adelante diremos que la decisión del código se funda en la equidad. En el caso que estamos suponiendo, de un patio ó de una callejuela común, la equidad exige, por el contrario, una división igual de los gravámenes, supuesto que las ventajas son iguales. Cierto es que cuando se trate de un paso, puede decirse que aprovecha más á aquél cuya heredad tiene más valor, en el sentido de que siendo esta heredad mayor, dará lugar, en general, á un paso más frecuente. Los tribunales podrán tener en cuenta las circunstancias particulares de cada causa, supuesto que no están ligados por un texto de ley. La regla sería, pues, ésta: cada uno de los comunistas contribuye á los gravámenes según su interés, y los tribunales deciden en cada caso cuál es este interés.

Núm. 2. Del caso previsto por el art. 664.

487. El art. 664 supone que los diferentes pisos de una casa pertenecen á diversos propietarios. Cada piso es objeto de una propiedad exclusiva; pero hay cosas comunes, las paredes maestras y el techo, y dentro de breves momentos diremos que hay otras. Bajo este concepto, la hipótesis del art. 664 entra en la de la co-propiedad. Pero éste es un caso particular. No debe usarse en Bélgica, porque no encontramos una sentencia sobre la materia en nuestras recopilaciones de jurisprudencia. Varias costumbres de Francia hablan del caso; Basnage dice que esto sucede con frecuencia en las ciudades. El uso se ha conservado en algunas localidades. Carece casi de importan-

cia. Digan lo que quieran los comunistas, la sociedad moderna se aleja de la comunidad, más que tender hacia ella como un ideal. Lo que los hombres buscan y lo que ambicionan, es un rincón de tierra en donde sean árbitros para disponerse un hogar á su capricho: cada vez nos volvemos más y más individualistas. La comunidad es una excepción que se irá haciendo más y más escasa. Esta es una razón para que pasemos con rapidez sobre la singularidad jurídica de que habla el art. 664.

488. Decimos que hay co-propiedad, ¿pero en qué estriba? No es en la cosa misma, porque la ley dice que "los diferentes pisos de la cosa pertenecen á diversos propietarios;" por lo que cada piso constituye el objeto de una propiedad particular, y los diferentes pisos son los que componen la casa. No obstante, para que exista una casa, se necesita un suelo, cimientos, paredes, techo, y éstas son cosas sin las cuales no hay pisos, no hay edificio; ¿á quién pertenecen? No al propietario del piso de la calle así como tampoco al propietario del primer piso ó de un piso superior; luego es preciso que á todos pertenezcan, supuesto que todos las necesitan. El código no lo dice, pero resulta de la fuerza de las cosas; el art. 664 dice únicamente que las paredes maestras y el techo están á cargo de todos los propietarios, lo que implica que el derecho sobre estas cosas es también común. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que el suelo en el cual está construida la casa es la propiedad común de todos, supuesto que es necesario para todos los pisos (1). Puede, además, haber otras comunes, tales como el subsuelo, el granero, el patio, el pozo; esto depende del título que constituya esta comunidad (2).

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 443).

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 415, notas 20-23, y las autoridades que citan.

489. Según el texto del código, hay todo á la vez propiedad particular, dividida respecto á los diversos pisos, y co-propiedad indivisa respecto á ciertas cosas que á todos son necesarias. De lo que se deduce que los derechos y las obligaciones de los propietarios deben estar determinadas por los principios que rigen á la propiedad y á la co-propiedad. Hay acerca de este punto, que es capital, alguna incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia. En una sentencia de la corte de Grenoble se lee que el art. 664 establece entre los diversos propietarios menos una sociedad ó común propiedad, que una servidumbre recíproca (1). Grande es la diferencia entre los dos principios. Como lo dice la corte de Grenoble, si hay servidumbre, se la debe restringir dentro de los límites trazados por el título que trata de las *Servidumbres*; mientras que si hay propiedad y co-propiedad, hay que aplicar las reglas mucho más amplias que el código traza en el título de la *Propiedad*, y á las que á falta de texto la doctrina establece sobre la co-propiedad; y los co-proprietarios tienen derechos más extensos que los que sólo gozan de una servidumbre. Cujas ha hecho la observación, y la cosa es evidente (2): los comunistas son propietarios, por lo que tienen un derecho de usar y de disponer que no se puede reconocer á los que sólo tienen un desmembramiento. Es importante que el intérprete tenga un principio cierto: ¿se trata de propiedad ó de co-propiedad? ¿ó de servidumbre?

La corte de Grenoble no da más razón en apoyo de su doctrina, sino que el art. 664 está colocado en el título de las *Servidumbres*. Argumento malo, porque precisamente en el capítulo de las servidumbres legales, en donde se

1 Grenoble; 15 de Junio de 1832, (Daloz, "Servidumbre," número 918, 2º).

2 Cujas, Obras, t. 4º, p. 121, ed. de Lyon.

encuentra el art. 664, no hay más que una sola disposición que consagra una verdadera servidumbre, y es la que establece una servidumbre de paso á favor de las propiedades enclavadas. Notablemente la sección primera, que contiene el art. 664, trata de la medianería, ¿y ésta es una servidumbre? Si se quiere argumentar respecto de la clasificación del código, hay que decir más bien que el art. 644, colocado en medio de las disposiciones relativas á la medianería, debe también referirse á una especie de co-propiedad

Otra sentencia comienza por decir que el derecho de los propietarios de una casa, dividida como lo supone el artículo 664, es una co-propiedad, y en seguida agrega, que el paso establecido por este artículo de una escalera á la otra es evidentemente una servidumbre, porque es un gravamen impuesto al primer piso para uso y utilidad del segundo que pertenece á otro propietario. Si es una servidumbre, es legal, supuesto que la ley pone la escalera de cada piso á cargo del propietario del piso al cual conduce. Ahora bien, las servidumbres, y sobre todo las legales, son de estricta interpretación (1). Ciertamente es que la ley dice que el propietario del primer piso hace la escalera que á éste conduce, pero no lo resuelve así sino á falta de títulos, y para prevenir las dificultades inextricables á que habría dado lugar, sea la reparación, sea la reconstrucción de cada escalera. Esta, pues, no es una disposición de principio, sino una de aquéllas, como muchas se encuentran en el código, que tienen por objeto impedir los pleitos. Después de todo, la ley no pronuncia la palabra servidumbre; y podría sostenerse, como lo han hecho, que las escaleras pertenecen en común á los que de ellas se sirven, aunque no to

1 Aix, 26 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 114):

dos contribuyan de una manera igual en los gastos que aquéllas ocasionan (1).

490. El código no se aplica sino sobre los gravámenes comunes y los particulares, y aun en estos puntos, es incompleto. Pone las paredes maestras y el techo á cargo de todos los propietarios. Este principio se aplica naturalmente á todas las cosas de uso común, así como á los gravámenes que pesan sobre la casa como tal casa; contribución predial es una carga común, porque se aplica á la casa. ¿En qué proporción los diversos propietarios contribuyen á las cargas comunes? Cada uno las soporta, dice el art. 664, en proporción al valor del piso que le pertenece. Esta es una disposición de equidad. Conforme al derecho estricto, las cargas comunes deberían soportarse, no en proporción del valor de los pisos, sino en proporción del número de los co-interesados; ¿acaso cada piso no saca la misma ventaja del techo, sea cual fuere su valor? En cuanto á las cosas cuyo uso es común, pero de las cuales uno usa más que otro, la carga debería estar en proporción con el uso: este reglamento habría sido muy dificultoso y habría originado disputas diariamente renacientes; el código las ha prevenido resolviendo conforme á la equidad, que cada propietario contribuya según el valor del piso que ocupa, y por consiguiente, según su fortuna presumible.

En cuanto á las cargas particulares, el código dispone que el propietario de cada piso haga el piso sobre el cual anda; que el propietario del primer piso haga la escalera que á éste conduce; que el propietario del segundo haga, partiendo del primero, la escalera que conduce á su casa, y así sucesivamente. Esta última disposición no es muy equitativa cuando el granero es común, porque el pro-

1 Duranton, t. 5º, p. 384, núm. 331,

pietario del piso bajo se servirá de todas las escaleras sin contribuir en nada en los gastos. Hay una carga de que no habla la ley, y es la contribución personal, que se del nomina contribución de puertas y ventanas; como la cuota depende del número de puertas y ventanas, y del valor mobiliario así como del monto del alquiler, justo es que se reparta entre los diversos propietarios según estas bases.

491. El código nada dice de los derechos de que gozan los diversos propietarios. Supone que los diversos pisos le "pertenecen." Esta palabra implica un derecho de propiedad absoluto, exclusivo. Hay, pues, que decir con la corte de casación que los propietarios del piso bajo y de los pisos superiores tienen cada uno la propiedad absoluta de la parte de casa que les pertenece (1). Aquí la cuestión no puede ser de servidumbre, ni de co-propiedad; hay varios propietarios en presencia, cada uno es señor y dueño en su pequeño dominio, y en él hace lo que quiere; su derecho no tiene más límite que el derecho de sus vecinos; las relaciones de éstos se rigen por los principios generales, según los cuáles la propiedad de uno de ellos necesariamente está limitada por la propiedad del otro.

No sucede lo mismo con el derecho que los diversos propietarios tienen en las cosas comunes; éste es un derecho de co-propiedad. Ahora bien, la co-propiedad, si da derechos más extensos que los que nacen de la servidumbre, no es tan absoluta como la propiedad exclusiva. Dícese del propietario que tiene derecho á abusar, pero no se puede decir ciertamente lo mismo del comunista, porque al abusar destruiría y violaría en consecuencia un derecho igual al suyo, el de sus co-proprietarios. El artículo 544 dice también que el propietario tiene el derecho de

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 444).

gozar de las cosas del modo más absoluto. La cuestión no puede ser de derecho absoluto, cuando una cosa pertenece en común á varias personas; teniendo cada una un derecho igual, el derecho de una de ellas modifica necesariamente el derecho de la otra, en el sentido de que una de ellas no puede hacer de la cosa común un uso que comprometa el derecho idéntico de las demás.

492. Los principios son ciertos, pero la aplicación es muy delicada, porque se trata de un derecho que nada tiene de definido, que se relaciona por un lado con la libertad del propietario y que por el otro sufre restricciones, como si fuera una servidumbre. Hay otro escollo en este singular caso: los propietarios de los diversos pisos tienen á la vez que un derecho absoluto en el piso que les pertenece un simple derecho de co-propiedad en las partes de la casa que á todos son comunes. Hay que cuidarse mucho de confundir estos dos derechos que ejerce una misma persona en las diversas partes de una misma cosa. Señalamos el escollo, porque la confusión existe en la jurisprudencia. La corte de Caen tenía que juzgar la cuestión de saber si el propietario del piso bajo podía establecer en él una caldera de vapor. La resolvió negativamente en razón de que la división de una casa por pisos origina obligaciones entre los co-propietarios; que el propietario de uno de los pisos no puede usarlo de modo que cause perjuicio á los propietarios de los demás pisos (1). Esto es aplicar el principio de la co-propiedad á la "propiedad exclusiva," porque el propietario de cada piso tiene un derecho absoluto, como lo ha dicho la corte de casación; ahora bien, el que usa de su derecho no causa ningún perjuicio, á menos que lesione un derecho. Así, pues, la cues-

1 Caen, 25 de Noviembre de 1848 (Demolombe, t. 11, p. 504, número 438).

tión debía resolverse por los principios de la “propiedad” y no por los principios de la “co-propiedad.”

En otro caso, el propietario del piso bajo solicitaba formar unos arcos de tienda en lugar de las ventanas que existían; el tribunal ordenó una vista de ojos, y la corte falló que el propietario de cada piso podía, en verdad, hacer en él innovaciones, pero con la condición de que no resultara daño ni riesgo para los propietarios de los demás pisos. La palabra *daño* es demasiado vaga, como acabamos de decirlo: un propietario exclusivo es el que puede hacer en su propiedad lo que quiera, con tal que no lastime los derechos de los demás; y un simple daño no es la lesión de un derecho.

Hay que agregar otra restricción que resulta de que ese propietario exclusivo es también co-propietario del suelo, de los cimientos, del techo y en cierto sentido, de las escaleras. En la parte de la casa que le pertenece, puede hacer lo que quiera, pero no puede disponer de las cosas comunes, si no es como propietario. Así, pues, su calidad de comunista limita sus derechos de propietario. Conforme á este principio hay que decidir la cuestión muy debatida de si el propietario del piso superior puede darle mayor altura. No vacilamos en decir que nó. Elevar un piso, es construir, y sólo el propietario del suelo tiene tal derecho; es así que el suelo es propiedad común, luego se necesitaría el consentimiento de todos los propietarios para que á la casa pudiera dársele mayor altura. La jurisprudencia está muy dividida é incierta acerca de esta cuestión. En una sentencia de la corte de Grenoble, se lee que el propietario del piso superior puede hacer en él lo que quiera, á menos que la innovación cause perjuicio á los demás (1). Esto es plantear mal la cuestión, porque

1 Grenoble, 12 de Agosto de 1828 (Daloz, “Servidumbre,” número 920, 1°), y 27 de Noviembre de 1821 (*ibid.*, núm. 921, 1°).

el que levanta pisos, por pequeño que sea el aumento de elevación, usa del suelo, de los cimientos y de las paredes; luego procede como propietario y no como propietario esclusiuo: ¿tiene él el derecho, en calidad de comunista, de edificar? Tal es la verdadera dificultad. La corte de París ha fallado que el propietario del piso superior puede levantar pisos, porque no hace otra cosa que usar de su derecho de propiedad (1). Otra corte ha imaginado una servidumbre que grava al propietario del piso bajo, y que consiste en soportar esos pisos; de donde infiere que él no puede hacer nada que agrave esa servidumbre (2). Creemos que no se necesita ser arquitecto para afirmar que la corte se ha engañado: no es el piso bajo el que soporta los superiores, sino el suelo, los cimientos y las paredes; ahora bien, todas estas cosas son comunes, por lo que la cuestión no es una servidumbre, sino el uso de una cosa común por uno de los comunistas. La corte de Aix ha negado de una manera absoluta el derecho de levantar pisos, porque esto agravaría la servidumbre de paso que grava las escaleras (3). Anticipadamente hemos refutado esa manera de ver. Los autores se encuentran tan divididos como los tribunales. Hemos entrado en el pormenor de estos disentimientos para mostrar cómo es importante plantear principios ciertos, sin los cuales el derecho se asemeja á una nave sin mástiles ni timón.

493. ¿Si la casa se destruye ó amenaza ruina, los copropietarios están obligados á reconstruirla? En esta cuestión reina también la incertidumbre. Se ha fallado que la demolición y la reconstrucción de paredes es una reparación necesaria é indispensable para el goce de la

1 París, 17 de Marzo de 1838 (Dalloz, *Propiedad*, num. 385).

2 Rouen, 22 de Mayo de 1840 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 928 2°).

3 Aix, 20 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 114).

cosa común y la conservación de la casa, reparación que deben reportar todos (1). Siempre la misma confusión que acabamos de señalar, entre el derecho de propiedad y el derecho de co-propiedad. No hay casa común, así es que no puede tratarse de una obligación de conservarla. Si uno de los propietarios no quiere hacer los gastos de reconstrucción, ¿con qué derecho se obligaría á los demás?

Ningún vínculo existe entre ellos, ni obligación, ni co-propiedad; luego no puede haber obligación. No hay más co-propiedad que la del suelo, de las paredes y del techo, esta co-propiedad es el accesorio de la propiedad de cada piso; ahora bien, lo principal no depende de lo accesorio, y si el propietario de lo principal no quiere reconstruirlo, está en su derecho. Quedan en pie las cosas comunes: en el caso que tratamos, el suelo y los materiales; éstos se dividirán ó bien se rematarán.

§ II.—DE LA MEDIANERÍA.

Núm. 1. Definición.

494. La medianería es la co-propiedad, por porciones indivisas, de una pared, de una zanja ó de un seto, que sirve de separación ó de límite á dos fincas contiguas. Conforme á esta definición, la medianería constituye una verdadera comunidad con indivisión forzosa. La ley no dice de una manera formal que hay indivisión forzosa por derogación del art. 815, el cual permite que á toda hora se pida la partición de una cosa indivisa; pero esto resulta implícitamente del art. 636 (2). Este artículo supone que el co-propietario de un muro medianero quiere dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones. Si él tuviera el derecho de pedir la partición, el me-

1 Nimes 25 de Febrero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 930).

2 Demolombe, t. 11, p. 340, núm. 310. Aubry y Rau, t. 2º, p. 417, nota 3.

dio sería muy sencillo, se dividiría la pared que se halla en el predio de aquél, mientras que la ley dice que él debe abandonar el derecho de medianería, incluso la propiedad del suelo en el cual está construida la pared. Se comprende esta derogación de un principio: que es de orden público. La indivisión forzosa se ve en general que es necesaria, y ya daremos las razones en el título de las *Sucesiones*; mientras que la medianería es tan favorecida, que el código permite á cada uno, en las ciudades y barriadas, que obligue á su vecino á construir una pared divisoria y á repararla, art. 663; permite, además, á aquél que se allega á una pared que la vuelva divisoria á pesar del propietario, art. 661. Y esto es debido á que las ventajas que presenta un cercado, aun medianero, son tan grandes que desaparecen los inconvenientes de la comunidad. En las ciudades esto es una condición de seguridad y de paz. En el campo no existe el mismo motivo de interés general, por esto es que la construcción de un coto medianero es facultativo, pero tiene siempre la gran ventaja de marcar las heredades y de impedir consiguientemente las usurpaciones y las disputas entre vecinos. Sin duda que un cercado que fuese exclusivo de uno de los vecinos ofrecería las mismas ventajas; pero los gastos de terreno y de construcción vendrían á menudo á suspender la obra de los propietarios; al disminuir dichos gastos en la mitad, la medianería aparta el obstáculo del costo; luego favorece el cerramiento, y éste hasta con indivisión forzosa es preferible á las heredades abiertas.

495. Existen otras diferencias entre la medianería y la co-propiedad ordinaria. Esta es voluntaria, mientras que en las ciudades y arrabales la medianería es forzosa, como acabamos de decirlo; y en todas partes, tanto en los campos como en las ciudades, el propietario de una pared puede ser forzado á ceder la medianería, lo que es una espe-

de expropiación por causa de utilidad privada; en realidad, hay utilidad pública, puesto que la medianería es un elemento de orden y de paz.

La ley favorece, además, la medianería dando á los vecinos un medio fácil de comprobarla; no necesitan título ni posesión, simples presunciones bastan respecto á las paredes, los setos y las zanjas. Cada uno de los vecinos teniendo el mismo interés en la construcción de un cercado, la ley ha establecido como presunción fundada en una probabilidad, que se supone medianero todo cercado existente en el límite separativo de dos heredades, arts. 653, 666 y 670.

Por último, la ley favorece la medianería, dando á los co-propietarios derechos más extensos que los que en general disfrutan los comunistas. Cuando una cosa es indivisa, uno de los co-propietarios no puede hacer innovaciones sin el consentimiento de los demás; mientras que la ley permite al co-propietario de una pared medianera que dé á ésta mayor altura. No tiene esta diferencia otra explicación que el favor que la ley otorga á la medianería (1).

Núm. 2. De las paredes medianeras.

I. Casos en que son medianeras las paredes.

496. Una pared es medianera cuando dos vecinos la han hecho construir á expensas comunes en las extremidades de sus heredades, ó cuando habiéndola mandado construir uno de los vecinos en el límite de su predio, el otro ha adquirido de este vecino la comunidad. Así, pues, la medianería es esencialmente voluntaria, es decir, convencional. No se hace uno propietario sino por propia voluntad, la co-propiedad exige también un concurso de vo-

¹ Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, ps. 667 y siguientes.

luntades. En el antiguo derecho, los países regidos por las leyes romanas no conocían otra medianería que la que resulta de los contratos. No bastaba que uno de los vecinos quisiera tener un cercado medianero, sino que el otro había de consentir en ello; si se negaba á concurrir en la construcción de una pared común, ó si no quería ceder la medianería de una pared cuya propiedad exclusiva le pertenecía, el vecino debía renunciar á sus planes, y edificar en su predio una pared que en totalidad le perteneciese. Esto no es más que la aplicación rigurosa de los principios romanos: todo propietario es dueño absoluto de su cosa, y hace de ella lo que quiere. En los países regidos por el derecho consuetudinario, el interés público que es inherente á la acción de cercar las propiedades había introducido una restricción en el derecho exclusivo de propiedad: uno de los vecinos podía obligar al otro sea á construir una pared divisoria, sea á cederle la medianería de una pared que le pertenecía. Los autores del código han adoptado en este punto los principios de la costumbre de París; consideran la medianería como un deber de buena vecindad. Así es que, dice la Exposición de motivos, la medianería se clasifica justamente entre las *servidumbres legales* (1). Esto se aplica únicamente á las paredes divisorias, puesto que las zanjas y los setos quedan bajo el imperio del derecho común. Y aun respecto á la medianería de las paredes, no es exacto decir que constituya una servidumbre. La cesión forzosa de la propiedad es en verdad una restricción de la propiedad; pero no toda restricción impuesta á la propiedad es una servidumbre, porque de lo contrario habría que decir que la propiedad es siempre sierva, porque, por propia naturaleza, se halla sujeta á restricciones, como ya lo hemos dicho; y lo que

I Berlier, Exposición de motivos, núm. 11 (Loché, t. 4º, p. 180).

es el estado natural de la propiedad no puede considerarse como una servidumbre.

Nada tenemos que decir de la adquisición de la co-propiedad por convenio voluntario. En este caso se aplica el derecho común. Nosotros sólo tenemos que tratar de las derogaciones del derecho común, concerniente á la construcción forzosa de una pared medianera, ó á la adquisición forzosa de la medianería.

a) De la construcción forzosa de una pared medianera.

497. El art. 663 establece: "Cada uno puede constreñir á su vecino, en las ciudades y barriadas, á que contribuya á las construcciones y reparaciones del cercado que constituye la separación de las casas, patios y jardines, ubicados en dichas ciudades y barriadas." Estando esta disposición limitada á las ciudades y barriadas, es importante determinar qué comunas son las que forman una ciudad, y hasta donde se extienden las barridas. Generalmente se enseña que incumbe al gobierno decidir si tal comuna es ó no es una ciudad, y si tales habitaciones forman parte de una barriada ó de una comuna rural. No vemos en qué pueda fundarse esta opinión. Cuando se versa algún interes administrativo, sin duda que al gobierno corresponde determinar. Pero en el presente caso, nada tiene que ver la administración, puesto que se trata de imponer ciertos gravámenes á los particulares; siendo la cuestión puramente de interés privado, los tribunales son los únicos que tienen la misión de resolver. Aun cuando hubiese un acto administrativo, creemos que no ligaría al juez, porque dicho acto es extraño. Con mayor razón, los tribunales, en ausencia de todo acto administrativo, no deben declinar la decisión en la autoridad administrativa. Como la ley no ha clasificado las comunas, ni ha determinado los caracteres por los que se reconoce una

ciudad, la cuestión se vuelve una cuestión de hecho. Nada absoluto hay en esta materia. Ciertas comunas prosperan y crecen á ojos vistos, otras languidecen y corren á su ruina: los jueces resolverán según las circunstancias. Se ha juzgado que la palabra *ciudad* implica la idea de una población numerosa á la cual están reunidos algunos establecimientos públicos, para la armonía de la asociación general y de las necesidades civiles y comerciales. Por aplicación de estos principios, la corte de Rennes ha fallado que una comuna que no cuenta más que mil docientas ó mil quinientas almas, que no tiene más establecimientos que los que se encuentran en simples villorrios, no posea ninguno de los atributos característicos de la ciudad (1). La definición se nos figura demasiado mezquina; lo que decide es, menos la cifra de la población que las ocupaciones á que se entrega: si los trabajos son principalmente agrícolas, la comuna es rural: si son comerciales ó industriales, es una ciudad.

Todavía es mayor la dificultad para distinguir el barro del campo. Allí en donde, como en Bélgica, no existen alcabalas, no hay por lo tanto ni puerta, ni murallas, ni fosos, y no hay tampoco barriada propiamente dicha. Por la dificultad no está más que cambiada de lugar; ¿hasta dónde se extiende la ciudad? ¿las habitaciones más ó menos aisladas que se hallan en el límite extremo, son ciudad ó campo? En los lugares en donde la población crece rápidamente, las ciudades acaban por ponerse en contacto con las comunas rurales: ¿habría que comprender á éstas dentro de la ciudad? Esta es cuestión de hecho, lo que ayer era comuna rural, hoy puede volverse ciudad. Los tribunales resolverán en el caso del art. 663, como resuelven de hecho, en el caso del art. 974 (2). Se ha fallado que las

1 Rennes, 9 de Marzo de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 531).

2 Compárese, Daloz, "Servidumbre," núms. 552 y 553.

comunales limítrofes de Bruselas, tales como Auderlecht, no son más que arrabales de la ciudad (1).

498. Resulta del art. 663 que en el campo cada uno está en libertad para circuir ó nó sus heredades. Cercarse, es en principio un derecho de pura facultad, del cual se usa ó nó, según las propias conveniencias. Así, pues, el cerramiento forzoso es una excepción, y á este título, de interpretación rigurosa (2). ¿Cuáles son las razones de las diferencias que la ley establece entre las ciudades y los campos? Hállase en la discusión una expresión que nos pone en la vía de los motivos de esta diferencia. Tronchet dice que la altura de la pared debe ser suficiente para que garantice la *seguridad* de los dos vecinos (3). Así, pues, la medianería forzosa es una cuestión de seguridad. En efecto, dice Durantón, la seguridad de las personas y de las propiedades está más fácilmente expuesta en las ciudades que en los campos, en razón de la proximidad de las habitaciones, de la extensión de la población y de la importancia de las cosas sujetas á ser robadas. Por esto es que la altura de la pared aumenta en razón de la cifra de la población; mientras mayor es la riqueza mobiliaria, mayor es el riesgo, y con éste deben aumentar las garantías (4).

Si tal es el motivo del cerramiento forzoso hay que decir que es de orden público, y que, por consiguiente, las partes interesadas no podrían derogar la ley. Sin embargo, la cuestión ha sido discutida. Nosotros creemos que la naturaleza misma de esta obligación prueba que es de

1 Bruselas, 19 de Diciembre de 1854 ("Pasiorisia," 1857, 2, 80). Compárense los fallos del tribunal de Bruselas, de 25 de Marzo de 1841, y 29 de Junio de 1852, ("Bélgica judicial," t. 10, p. 956).

2 Limoges, 20 de Marzo de 1822 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 553).

3 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 23 (Loché, t. 4º, p. 168).

4 Durantón, t. 5º, p. 330, núm. 319. En el mismo sentido, Demolombe, t. 11, p. 425, núm. 378.

orden público. Es una derogación del derecho de propiedad, una restricción al derecho facultativo de cercarse. Esta restricción no se inspira en un interés privado, la ley no interviene en el arreglo de los intereses individuales, porque nadie los conoce mejor que los mismos individuos. Luego si se permite á uno de los vecinos que obligue al otro á construir una pared medianera, este derecho debe existir por causa de utilidad pública. No se concibe que el legislador diga á los propietarios contiguos: “Uno de ustedes puede obligar al otro á que construya una pared medianera, porque así lo exige la seguridad de las propiedades; sin embargo, os permito que renunciéis á lo que puede hacerse á pesar vuestro, y que convengais en que vuestras heredades permanezcan abiertas.”

Se objeta que si la acción de cercarse fuera de orden público, la administración debería tener el derecho de ordenarla, siendo así que el código deja la iniciativa á las partes interesadas. En efecto, hay algo de ilógico en hacer forzoso el cercarse porque es de orden público, y permitir á los vecinos que no se cerquen. Sin embargo, es muy grande la diferencia entre no cercarse y convenir, á título de servidumbre, que no haya cercado. Este último convenio hiere abiertamente al orden público, porque equivale á decir que renuncie á cercar su heredad aun cuando la falta de cercado favorezca á los ladrones; uno puede descuidar sus intereses, pero no coadyuvar al robo.

Hay otra objeción. Si el art. 663 es de orden público, se dice, tampoco es permitido derogarlo en lo concerniente á la altura de las paredes. El código dice que la altura de la pared divisoria la fijarán los reglamentos particulares ó los usos constantes y reconocidos; á falta de uso y de reglamento, la pared divisoria debe tener la altura determinada por el art. 663, la cual varía según la cifra de

la población, como se puede ver en el texto. Esta disposición originó una discusión en el seno del consejo de Estado. Berenger la criticó, diciendo que embarazaba inútilmente la libertad de los propietarios; Treilhard contestó que si los vecinos estaban de acuerdo, podrían dar á la pared la elevación que gustasen; los demás miembros del consejo que tomaron parte en el debate, fueron del mismo parecer. "Si los vecinos son libres, dijo Tronchet, para celebrar los convenios que gusten, no hay dificultad para resolver que la pared sea de una altura determinada, suficiente para la seguridad de los dos vecinos" (1). Y si las partes interesadas pueden derogar el art. 663, en lo concerniente á la altura de las paredes ¿por qué no habían de poderlo hacer en lo concerniente al cercado mismo? Nosotros contestamos que la diferencia es grande; la altura precisa de la pared es una disposición arbitraria, porque no puede decirse que el interés público esté comprometido cuando la pared tiene un centímetro menos, mientras que sí está comprometido cuando no hay ningún cercado. Nosotros estamos explicando la ley sin justificarla: una disposición absoluta, por más que sea arbitraria, habría sido preferible á la libertad de los convenios, que también conduce á lo arbitrario (2).

Hay una sentencia contraria de la corte de Rennes, pero no tiene ningún valor doctrinal, porque la corte se limita á afirmar, sin dar ningún motivo en apoyo de su opinión, que la obligación impuesta por el art. 663 no es de derecho público (3). Una afirmación no es una prueba.

499. El art. 663 establece el principio del cercado forzoso para las casas, patios y jardines. ¿Es restrictiva esta

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, números 20-23 (Loché, t. 4º, p. 168).

2 Demolombe, t. 11, p. 425, núm. 378, y p. 440, núm. 483 *bis*.

3 Rennes, 24 de Febrero de 1844 (Daloz, "Servidumbre," número 561).

enumeración? La corte de Burdeos había aceptado la afirmativa; su sentencia fué casada, y con razón. Ciertamente es que la disposición del art. 663 es excepcional, y que podría invocarse el principio según el cual toda excepción es de estricta interpretación. En este punto vemos lo importante que es aplicar los proverbios jurídicos conforme al espíritu que los dictó. Sin duda que el cercado forzoso es una excepción, pero los motivos que la han hecho establecer prueban que debe tener aplicación á todas las formas rústicas, sea cual fuere su naturaleza. ¿La seguridad de las personas y de los bienes estará menos expuesta si una de las heredades es un taller en lugar de ser un patio, ó si es un sitio de paso en lugar de ser un jardín. En este sentido, la excepción constituye una regla general, y la interpretación de esta regla debe ser extensiva. Esto lo acepta la doctrina y la jurisprudencia (1). Sin embargo, la corte de Limoges ha fallado que el art. 663 no es aplicable cuando una de las heredades es una pradera, en razón de su extensión y de su naturaleza (2). Nosotros no percibimos qué tenga de común el art. 663 con la extensión y la naturaleza de los fundos urbanos; ¿no es esto introducir en el texto una distinción que rechazan los términos y el espíritu de la ley?

Hay un motivo para dudar que ha dominado á la corte de casación de Bélgica (3); y es que el art. 663 está tomado del antiguo derecho, y las disposiciones del derecho consuetudinario eran restrictivas, ó se interpretaban en un sentido restrictivo. La corte, por otra parte, niega que el

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 231, nota 1, y las autoridades que citan. Sentencia de casación, de 14 de Mayo de 1828 (Daloz, "Servidumbre," núm. 554, 1º).

2 Limoges, 26 de Mayo de 1838 (Daloz, "Servidumbre," número 554, 2º). Compárese un fallo del tribunal de Epernay, de 26 de Junio de 1868 (Daloz, 1870, 3, 40).

3 Sentencia de casación de 24 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 310).

acto de cercarse forzosamente sea de orden público; en él no ve más que una restricción puramente de interés privado, y por consiguiente, de la más estricta interpretación. En este orden de ideas, el art. 663 sería inaplicable, aun cuando uno de los fundos fuese un taller ó un sitio de tránsito. Nosotros no aceptamos el punto de partida y repeleemos las consecuencias. En cuanto al antiguo derecho sólo tendría autoridad si se probase que los autores del código han querido mantenerlo con su sentido restrictivo. Ahora bien, lo repetimos, nada se encuentra en los trabajos preparatorios á este respecto; luego hay que ajustarse al texto, interpretándolo restrictivamente si en él se ve una excepción de interés privado y extensivamente si en él se ve una regla de interés general; pero es ilógico admitir la interpretación restrictiva y exceptuar únicamente ciertas heredades, como los prados. Esto fué lo que hizo la corte de Limoges, y Demolombe en pos de ella (1).

500. Para que haya lugar á la aplicación del art. 663, es preciso que las heredades sean contiguas. Esta condición resulta del texto y del espíritu de la ley. El código dice que cada uno puede obligar á su *vecino* á la construcción de la cerca que *haga la separación de sus casas*. Luego la cerca es la que separa las casas, lo que implica que no hay terreno intermediario que separe las heredades. Por otra parte, ¿de qué cercado se trata? De una pared divisoria, ó como lo expresa el art. 663, de una *pared de separación*; ahora bien, la medianería supone la contigüidad, y no es concebible cuando las heredades son vecinas sin ser contiguas. Se ha fallado por aplicación de este principio, que no hay lugar al cercado forzoso cuando dos propiedades están separadas por una senda común. Uno de los propietarios pedía la construcción, á gastos comunes, de una pa-

1 Demolombe, t. 11, p. 439, núm. 382. En sentido contrario, Le-page, "Leyes de los edificios," t. 1º, ps. 103 y siguientes.

red común en la línea que separaba la heredad de su vecino de la senda común. Su pretensión fué rechazada por la corte de París, y á recurso de casación por la corte. Había más de una razón para resolver de esta suerte. Las dos heredades no eran contiguas, lo que ya era decisivo. Como lo dice muy bien la corte, el art. 663. tiene por objeto la tranquilidad y seguridad recíproca entre vecinos; luego no puede tener aplicación sino en el caso de dos propiedades contiguas. Y en el caso de que se trataba no había contigüedad. No debe confundirse este caso con el que acabamos de tratar. La corte de casación ha fallado que el cerramiento puede exigirse aun en provecho de un terreno que no sea más que un simple paso (núm. 499), pero se trataba de un paso que pertenecía exclusivamente al vecino que reclamaba la construcción de una pared divisoria; luego había contigüedad, mientras que, en el nuevo caso, el paso era común, y por lo mismo, no podía pedirse su cerramiento forzoso, porque esto habría sido privar al vecino de la comunicación con su propiedad (1).

501. El art. 663 dice que el "cercado" es forzoso. ¿Qué cosa es este cercado? Lo que sigue del artículo lo explica: es una "pared de separación." Luego si existiese un seto entre dos heredades, esto no sería un cercado en el sentido del art. 663; uno de los vecinos podría obligar al otro á reemplazar el seto por una pared construida á expensas comunes. La ley nada decide en cuanto á los materiales que deben emplearse, ni en cuanto al modo de construcción; para tales detalles que varían de una ciudad á la otra, la ley se refiere tácitamente á los usos locales. Nosotros hemos hablado ya de la altura de la pared.

Hay alguna dificultad cuando las heredades descansan en un suelo de altura desigual. ¿Se dará á la pared la al-

1 Sentencia de denegada apelación, de 1º de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 400).

tura prescrita por la ley, tomando como base el terreno más bajo? En tal caso, la pared no tendrá la altura legal en el terreno más elevado. Y si se calcula la altura de la pared según el suelo superior, excederá á la altura legal en el suelo inferior; de aquí una cuestión de derecho y de gastos. A nosotros nos parece incontestable que la pared debe tener tal altura, que en el terreno más elevado corresponda á las prescripciones de la ley; y desde el momento en que la pared es medianera por el todo, los gastos deben ser comunes; esto es de la esencia de la medianería. Pardessus agrega una reserva: el propietario de la heredad superior podría, dice él, ofrecer que cavará su terreno, de manera que la pared separativa tenga del lado suyo la altura legal. En efecto, el resultado de este hundimiento de las tierras sería que la pared estuviese á la altura que la ley prescribe, y esto es todo lo que puede exigirse. Así fué fallado por la corte de Angers (1).

502. Cuando uno de los vecinos reclama la construcción de una pared medianera, ¿puede el otro hacer uso del derecho que da el art. 656? Según los términos de este artículo, todo co-proprietario de una pared medianera puede dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones abandonando el derecho de medianería. Se pregunta si el co-proprietario puede usar de este derecho en las ciudades en donde, según el art. 663, el cerramiento es forzoso. Esta es una cuestión muy controvertida; la jurisprudencia y la doctrina están muy divididas. La corte de casación ha resuelto siempre, que siendo general el derecho consagrado por el art. 656, se aplica á las ciudades como á los campos; pero las cortes de apelación se resisten, y la mayor parte de los autores se pronuncian por la opinión contraria.

1 Pardessus, t. 1º, p. 361, núm. 150. Angers, 23 de Abril de 1819 (Daloz, "Servidumbre," núm. 604, 1º).

La corte de casación invoca el texto del art. 656, texto general y absoluto, que no distingue entre las ciudades y los campos; y no puede introducirse tal distinción en la ley, porque los arts. 653 y 655, de los que es continuación el 656, la rechazan formalmente: En las "ciudades" y los "campos," dice el art. 653. El art. 655, que pone la reconstrucción y la reparación á cargo de todos los que á ellas tengan derecho, se refiere al art. 653, luego se aplica á las ciudades. En seguida viene el art. 656, que permite emanciparse de aquel gravamen, mediante el abandono de la medianería; luego este abandono es de derecho común. En efecto, esto no es más que la aplicación de un principio general, consagrado por el art. 699; el propietario sometido puede siempre descargarse del gravamen á que está obligado como detentor de un predio sirviente, abandonando éste al propietario del predio al cual se debe la servidumbre.

En la opinión contraria, se contesta, y la respuesta nos parece perentoria, que el texto del art. 663 es también absoluto, y de tal manera imperativo, que se resiste á toda interpretación que permitiera limitarlo, permitiendo al propietario substraerse al cercado forzoso por el abandono de la medianería. "Cada uno, dice la ley, puede "obligar" á su vecino á que construya un cercado que separe sus casas, patios ó jardines." ¿Qué viene á ser de este derecho en la doctrina de la corte de casación? Desaparece para ceder el lugar á una opción; el propietario, requerido para que contribuya á la construcción de una pared medianera, puede escoger, entre consentir ó rehusar abandonando la medianería, es decir, el terreno en el cual debe levantarse la pared, porque nosotros suponemos que la pared no está todavía construida. ¿Puede uno decir con el código que el vecino tiene el derecho de "obligar" á su vecino á construir una pared medianera, cuando éste ten-

dría el derecho de rehusar su concurso? Esto no es interpretar la ley sino hacerla, y en el caso de que tratamos, es abrogarla. Si aquél á quien se quiere obligar á construir un cercado común, no puede ser obligado á ello, se borra el art. 663.

Se objeta que el art. 656 es también absoluto, y que, refiriéndose á los artículos que preceden, se aplica á los campos y á las ciudades. Sea, hay dos disposiciones absolutas, y ¿es razón ésta para que se borre una? Si se tratara de dos leyes expedidas en fechas diferentes, no se razonaría del mismo modo, porque el primer deber del intérprete sería conciliar las dos leyes. Con mayor razón deben conciliarse dos disposiciones de un mismo código, de un mismo título, de una misma sección. ¿Puede concebirse que el art. 656 derogue el 663? La conciliación es muy sencilla. Existe un cercado voluntario y otro forzoso; los arts. 653, 655 y 656 sólo hablan de los voluntarios, mientras que el 663 habla del forzoso. Y ¿por qué es forzoso? Por motivos de orden público. Estos motivos excluyen la facultad de abandono. ¿Sería comprensible que el legislador dijese que un vecino puede ser obligado por su vecino á construir un cercado común, para garantir la paz y la seguridad, y que, no obstante, permitiese á los vecinos substraerse á este gravamen, y por consiguiente, comprometer el orden público? Esto contesta al argumento que la corte de casación toma del art. 699. Sin duda alguna que el que no está obligado sino como detentor de la cosa puede substraerse al gravamen abandonando la cosa en razón de la cual está obligado, pero esto supone que se trata de un gravamen de interés privado; ahora bien, la corte de casación proclama en todas sus sentencias que el cerramiento forzoso es de orden público; ¿puede uno renunciar una carga que es de orden público?

En sus primeras sentencias, la corte de casación invo

caba también la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado; las sentencias de 1862 y 1864 no hacen ya mención de este argumento, que ha influido en el ánimo de los eruditos intérpretes de Zachariae. Véamos lo que pasó. Antes que todo es importante que conste que el proyecto sometido al consejo de Estado no establecía el cerramiento forzoso, sino que se limitaba á fijar la altura de las paredes medianeras que en lo sucesivo se construyesen ó restableciesen (art. 25). Bèrenger dijo que esta disposición embarazaba inútilmente la libertad de los propietarios. Sobre esto se entabló un debate: ¿debía fijarse la altura de las paredes en la ley? ¿ó había que consultar los usos locales? Berlier hizo notar que el artículo propuesto sería de una ejecución más fácil, si en él se expresara que el propietario requerido á contribuir al cerramiento puede dispensarse de esto renunciando á la medianería, y cediendo la mitad del sitio sobre el cual debe construirse la pared; este derecho de opción existía en varias costumbres. Tronchet contestó que esta disposición estaba expresa en el art. 656. Hé aquí, se dice, la interpretación auténtica de la ley. Si se hubiera discutido el sentido y la extensión del art. 663 que establece el cerramiento forzoso, y si el consejo de Estado se hubiese apropiado la opinión de Tronchet por un voto, aceptaríamos la autoridad que se atribuye á la discusión. Pero el cerramiento forzoso, aunque supuesto por Berlier, no estaba aún inscrito en el código. Bigot-Préameneu fué el primero que hizo la observación. En seguida, volvióse al debate sobre la altura de la pared de separación. ¿Y qué fué lo que el consejo resolvió? La remisión del expediente á la sección de legislación (1). Tal es la discusión que pretenden sea decisiva.

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, números 20-24 (Loché, t. 4º, p. 168).

Si ha de decirse la verdad, la cuestión que nosotros estamos agitando no se debatió en el consejo de Estado; sólo incidentalmente emitió Tronchet una opinión sobre el sentido del art. 656; esta opinión permaneció aislada, y no se volvió á insistir. Así, pues, la interpretación que al consejo se atribuye nó es otra cosa que el parecer de uno de sus miembros. Sea cual fuere nuestro respeto hacia la autoridad de Tronchet, damos la preferencia al texto y al espíritu de la ley.

503. ¿El que construye una pared de cerramiento en su heredad, puede obligar á su vecino á que adquiriera la medianería? Esta cuestión también es debatida; á nosotros no nos parece dudosa, porque el texto la resuelve. Permite al que quiere construir una pared medianera que obligue á su vecino á contribuir, á él incumbe usar de este derecho si es que quiere un cerramiento común. Si no lo usa, no puede ejercer después un derecho que no le concede la ley, es decir, obligar á su vecino á que compre la medianería. En vano se dice que este último derecho es una consecuencia del primero. Únicamente al legislador corresponde sacar esta consecuencia, porque se trata de derechos enteramente excepcionales, de derogaciones al derecho de propiedad y á la libertad de los propietarios; estas restricciones son de la más estrecha interpretación, y estó decide la cuestión. Se ha imaginado quien sabe qué mandato en cuya virtud el propietario que construye lo habría hecho á nombre de su vecino. Nosotros estábamos en la creencia de que el mandato era voluntario, y parece que aquí se trata de un mandato forzoso. Estas son suposiciones enteramente gratuitas que los autores hacen urgidos por la discusión y de las que rogamos á nuestros jóvenes lectores que desconfíen.

Hay, sin embargo, un caso en el cual el que ha construido la pared puede obligar á su vecino á elavar un cer-

cado nuevo. Supónese que la pared, que era propiedad exclusiva de uno de los vecinos, cae en ruina; en este caso deja de haber muro separativo de las dos heredades, y por consiguiente, se vuelve al texto y al espíritu del art. 663. La corte de Brusela así lo ha fallado, y el caso no da lugar á dudas (1).

c) *Del derecho de adquirir la medianería.*

I. *Condiciones.*

504. El art. 661 dice: "Todo propietario que se acerque á una pared tiene la facultad de hacerla medianera, en todo ó en parte, reembolsando al dueño de la pared la mitad del valor de la porción que quiere hacer medianera, y la mitad del valor del suelo en el cual la pared está edificada. Conforme al rigor de los principios, la adquisición de la medianería debería ser voluntaria; los autores del código la han considerado como un deber de buena vecindad; la Exposición de motivos dice que se han querido prevenir las repulsas dictadas por el mal humor y el capricho. Berlier confiesa que á aquél á quien se pide la medianería puede tener interés en rehusarla (2); ¿por qué entonces sacrifica la ley este interés y obliga al vecino á que ceda contra su voluntad la co-propiedad de una pared que tiene interés en conservar? La única razón que se encuentra en los autores, es que con esto se evita la construcción de paredes inútiles y la pérdida de terreno que ocasionarían, al mismo tiempo se da mayor seguridad á las habitaciones y ponen las ciudades con un aspecto más agradable (3). Este último motivo no es más que secundario, supuesto que la ley se aplica á los campos tanto como á las ciudades; en las ciudades, por otra parte, se

1 Bruselas, 17 de Mayo de 1862 (*Fasicrisia*, 1863, 2, 247).

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 11 (Loché, t. 4º, p. 180).

3 Durantou, t. 5º, p. 342 núm. 321.

tiene el cerramiento forzoso; pero el interés general, que exige que no se pierda un terreno precioso en inútiles construcciones, es suficiente para justificar la disposición del art. 661, porque el interés general tiene que predominar sobre las conveniencias privadas.

505. Supuesto que esta especie de expropiación esta fundada en un interés general, infiérese que el que pide la cesión de la medianería no está obligado á probar un interés cualquiera que hubiese en volverse co-proprietario; tampoco se puede oponerle la prescripción, porque no prescribe el interés público. Del mismo modo el que es propietario exclusivo no puede invocar el interés que tendría en conservar su derecho en toda su integridad. El tiene practicadas luces en su pared, cuando el cerramiento se haya hecho medianero, y le pedirán la supresión de aquéllas; así, pues, tendría mucho interés en rehusar la cesión, y precisamente por esto se le obliga. ¿No ha elevado el legislador demasiado lejos el favor que dispensa á la medianería? Nosotros así lo creemos, pero débese aceptar la ley tal como es, con todas sus consecuencias. La comparación entre el art. 661 y el 194 de la costumbre de París no deja duda alguna acerca del carácter absoluto del derecho que el código ha consagrado. El art. 194 parecía concebido en términos restrictivos, porque decía: "Si álguien quiere construir contra una pared medianera, puede hacerlo pagando la mitad." Esto era equivalente á subordinar la facultad de adquirir la medianería con una condición, la de edificar; en efecto, los motivos que se dan para justificar esta restricción á la propiedad implican que el vecino que pide la cesión de la medianería, quiere construir. Pero el código no reproduce esta condición; aun en el antiguo derecho se sostenía que los términos de la costumbre era nunciativos, que prevenían el caso ordinario, aquél en que el vecino quiere edificar, sin

querer excluir los demás casos. Esta amplia interpretación es la que los autores del código han sancionado suprimiendo las palabras que parecían implicar una condición restrictiva. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido (1).

506. Del principio que el derecho de exigir la cesión de la medianería es absoluto, se sigue que el que la ha abdicado, por dispensarse de contribuir á las reparaciones y construcciones de una pared medianera, puede, no obstante, ejercer el derecho consagrado por el art. 661. La costumbre de París resolvía formalmente que podía volver á su primer derecho (art. 212), después de haber abandonado la medianería, y los autores modernos enseñan la misma doctrina (2). ¿Cómo ha de ser que el que ha renunciado al derecho de medianería puede arrepentirse de su renuncia? Una sola explicación vemos para esta facultad, y es que la renuncia al derecho de adquirir la medianería no se admite. Debe permitirse al que es co-propietario de una cosa que abandone su propiedad; y aun en nuestra opinión, este derecho cesa cuando se opone un interés general, y tal es el caso del cerramiento forzoso previsto por el art. 663. No siendo forzoso el cercado en el campo, nada impide que se abdique la co-propiedad de una pared medianera. Pero esto no implica que se renuncie al derecho de adquirir la medianería cuando existe un interés cualquiera. Sólo que la ley habría debido exigir un interés, y nosotros no vemos otro que el que indicaba la costumbre de París, es decir, la voluntad de edificar. Cuando el vecino quiere edificar, se comprende muy bien que pueda adquirir la medianería después de haberla abdicado.

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 430, nota 57, y por Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 456; sentencia de casación, de 3 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 185 y la nota).

2 Demolombe, t. 11, p. 397, núm. 357. Aubry y Rau, t. 2º, p. 431, nota 59.

do; porque en el momento en que él la abandonó, no habra construcción que se apoyase en la pared; luego no habra necesidad de la pared; mientras que si quiere edificar, sí se necesita, y esta necesidad se liga con un interés general. En el sistema del código, por el contrario, hay algo contradictorio: autoriza el abandono de la medianería para dispensarse de gravámenes, y en seguida permite la adquisición forzosa de la medianería, sin interés de ninguna clase.

De esto nace una dificultad muy seria. ¿Se puede renunciar al derecho de adquirir la medianería? Están contestes los autores en admitir la validez de esta renuncia, porque, dicen ellos, la facultad de adquirir la medianería no presenta ningún carácter de orden público (1). Esto nos parece muy dudoso. ¿Por qué permite la ley la expropiación forzosa de uno de los vecinos en provecho del otro? ¿No supone esto que se versa algún interés general? ¿Por qué la ley permite al que ha abandonado la medianería que la recobre, por más que dicho abandono implique una renuncia? ¿no es porque hay en juego un interés general? Sin duda que la ley no es lógica, porque no ha definido ese interés, lo que es origen de incertidumbres y de contradicciones. De todos modos, es difícil concebir que el co-propietario de una pared medianera pueda arrepentirse del abandono que ha hecho de su co-propiedad, y que no pueda arrepentirse de una renuncia que hiciere del derecho de adquirir la medianería. La ley es inconsecuente, es cierto; pero precisa hacerla por lo menos tan consecuente como sea posible.

Hay otra dificultad muy seria. El propietario del fondo que se acerca á la pared la grava con la servidumbre de no edificar, ó de no edificar sino á cierta distancia.

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 431, y las autoridades que se hallan citadas en la nota 60.

¿Puede tambien en este caso adquirir la medianería de la pared? Nó, y por lo menos no puede adquirirla sino con el efecto de que el vecino tenga el derecho de construir contra la pared. ¿No es esto equivalente á renunciar al derecho de adquirir la medianería? Cuando decimos que la renuncia á este derecho es nula, queremos hablar de una renuncia hecha por el que tiene derecho á construir, entonces hay un interés público en la cesión forzosa de la medianería, que se opone, á nuestro juicio, á que se renuncie á ella. Pero si el vecino deja de tener derecho á construir, cesa el interés público, y por consiguiente, la renuncia es de interes privado. Así, pues, la dificultad se ha movido de lugar; consiste en saber si se puede renunciar al derecho de edificar. La afirmativa es clara; el legislador admite esa restricción al derecho de propiedad, porque, si ella deprecia el fundo sirviente, aumenta en cambio la utilidad del fundo dominante, y en este sentido la restricción se concilia con el interés general. Síguese de aquí que se puede renunciar indirectamente á adquirir la medianería, por lo menos con el fin de edificar, sometiéndose á una servidumbre cualquiera que impida edificar, sea de una manera absoluta, sea á una cierta distancia ó á una cierta altura (1).

507. El art. 661 dice: "Todo propietario que "se acerque" á una pared," Luego se necesita la contigüedad para que el vecino tenga la facultad de volver medianera la pared. El texto es formal, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. Trátase de adquirir la medianería de una pared, y la ley supone, como lo decía la costumbre de París, que es con el objeto de edificar; ahora bien, para edificar, se necesita ser propietario del terreno que toca á la pared; si este terreno pertenece al propietario de la pared, hay

1 Orleans, 1º de Diciembre de 1848 (Daloz, 2, 22). Sentencia de denegada apelación, de 24 de Julio de 1850, 1, 264.

508. ¿Qué es lo que debe entenderse en el art. 661 por la palabra *pared*? La corte de casación ha fallado, y con razón, que la ley se aplica á todo género de cercado. En el caso al debate, había un cercado de planchas de madera, conocido en el Havre con el nombre de *término*. El tribunal había admitido que el vecino adquiriere la medianería. Esto equivalía á extender la disposición del artículo 661 á un caso que el texto no prevee; ahora bien, la disposición es una derogación del principio según el cual nadie puede ser obligado á ceder en todo ó en parte su propiedad; luego ella es esencialmente excepcional, y por lo tanto, de estricta interpretación. La corte agrega que los motivos que han hecho que se admita la cesión de la medianería de las paredes no existen respecto á los cerramientos con tablas; en efecto, la juxtaposición de las tablas no tiene los mismos inconvenientes que la de las paredes. ¿Quiere decir esto que el vecino no pueda pedir que se reemplace el cerramiento con tablas por una pared? En las ciudades, cada uno puede obligar á su vecino á que construya una pared cuya altura la fija la ley; como un cerramiento con tablas no es una pared, el vecino puede ciertamente exigir que se reemplace por una pared; pero en los campos, el art. 663 no es aplicable, luego el propietario podría negarse á ceder la medianería de una cerca con tablas, salvo que el vecino por su lado se encierre como se le ocurra (1).

509. ¿Es aplicable el art. 661 cuando la pared cuya medianería quiere adquirir el vecino pertenece á un edificio que depende del dominio público? La jurisprudencia y la doctrina están contestes en resolver que no es aplicable el art. 661. Por esto es que se ha fallado que no se puede

1 Sentencia de casación, de 15 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 56). Sentencia de denegada apelación, de 1º de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 125). Aubry y Rau, t. 2º, p. 429 y nota 52,

reclamar la medianería de una pared que forma parte de una capilla, de una iglesia (1), de un cementerio (2). Todas estas decisiones se fundan en un sólo y mismo motivo: los inmuebles que dependen del dominio público no están en el comercio, luego no pueden gravarse con una servidumbre (3). Nosotros ya examinamos la cuestión de principio en el núm. 130. A nuestro juicio, no es exacto asentar como regla general y absoluta que las dependencias del dominio público no puedan ser objeto de convenios, ni gravarse con derechos reales, notablemente con servidumbres legales; para probarlo, basta recordar el art. 681 que establece una servidumbre legal sobre la vía pública, la cual forma, sin embargo, parte del dominio público, sea del Estado, sea de la provincia, sea de la comuna. ¿Quiéreme decir esto que en el caso que nos ocupa se hayan engañado los autores y los tribunales? Nosotros adoptamos su decisión, pero fundándola en otro motivo.

En materia de medianería, no se trata de servidumbre. Ciertamente es que el código coloca la medianería entre las servidumbres legales, y las sentencias califican de servidumbre la obligación que el art. 661 impone á todo propietario de ceder la medianería de su pared. Este lenguaje es impropio. La medianería, sea cual fuere la manera como se adquiera, es una co-propiedad. Así, pues, la cuestión no depende de saber si los bienes del dominio público pueden gravarse con una servidumbre, sino que debe plantearse en los siguientes términos: ¿puede una pared ser la co-propiedad del dominio público y del dominio privado? Plantada de esta suerte, la cuestión no es dudosa. No se concibe que un inmueble sea á la vez una dependencia del dominio público y una propiedad particular,

1 Véase este tomo, núm. 140. Lieja, 5 de Diciembre de 1860 (*Pasierisia*, 1864, 2, 280).

2 Fallo de Lyon, de 24 de Enero de 1866 (*Dalloz*, 1867, 3, 45).

3 En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. 2º, p. 429 y nota 51.

lo que habría que admitir si la pared fuese medianera; porque la medianería es una co-propiedad que recae indivisamente sobre todas las partes de la cosa común. En el caso que nos ocupa, esto es jurídicamente imposible, por que el dominio público y el privado son dos derechos de naturaleza diferente; uno está en el comercio, y el otro nó; ¿y una sola y misma cosa puede á la vez estar y no estar en el comercio? ¿ser enagenable é inalienable? ¿prescriptible é imprescriptible? Esto no es concebible, luego tampoco lo es la medianería entre el dominio público y el privado. Hay una sentencia de la corte de casación que se acerca á nuestra doctrina. El caso era que un propietario pedía que la comuna le cediese la medianería de una pared que sostenía una plaza pública. Si se hubiera tratado de una simple servidumbre, la corte habría tenido razón en decir que la naturaleza y el destino de la plaza pública no impiden que los habitantes construyan contra la pared; por el contrario, la plaza pública se destina á verse rodeada de habitaciones; por lo mismo habría debido decidirse, en nuestra opinión, que el muro de sostén de la plaza pública podía gravarse con una servidumbre legal. Pero no se trataba de servidumbre, y por eso la corte de casación no pronuncia la palabra. Parte del principio que las plazas públicas de las ciudades y villas son dependencias del dominio público, y por tal título son inalienables é imprescriptibles. En seguida dice que la medianería de una pared da al que la obtiene la *co-propiedad* de esa pared; de donde se infiere que la pared de sostenimiento de la plaza pública no podía volverse medianera, porque la pared, tanto como la plaza pública, es inalienable é imprescriptible (1).

510. No siempre es consecuente la jurisprudencia con

1 Sentencia precitada, de 16 de Junio de 1856 (p. 587, nota 5).

el principio en que se funda. Se ha fallado que la pared de la casa de la prefectura puede volverse medianera por aplicación del art. 661. La sentencia avanza como principio que no basta que un inmueble se destine á un servicio público para que pueda decirse que por su naturaleza está fuera del comercio (1). *Por su naturaleza, nó, pero por su afectación, al uso de todos.* De lo contrario, ¿cómo se sabría si un bien, que por su naturaleza se halla en el comercio, está fuera de él por el destino que se le da? ¿En dónde está la diferencia legal entre las casas consistoriales, la casa de la prefectura y una plaza pública?

Un presbiterio no se destina á un servicio público. El ministerio de gobernación, en Francia, ha decidido que el vecino puede volver medianera la pared de un presbiterio. La decisión se funda en que "parece que los presbiterios no presentan el carácter de bienes colocados fuera del comercio" (2). Acabamos de decir en qué sentido puede conciliarse esta decisión con la opinión que hemos enseñado.

Los cementerios, en cambio, están fuera del comercio. Se ha fallado que una comuna podía adquirir la medianería de una pared que se arrima á un cementerio, por más que los vecinos no puedan pedir la medianería de la pared de cerramiento de un cementerio. Muy bien se puede, dice el tribunal de Lyon, tener una servidumbre en una heredad privada en provecho de una heredad pública; pero no se puede tener una servidumbre en un bien del dominio público en provecho de una heredad privada (3). Si se admite nuestra opinión, la decisión será muy diversa. La medianería no es una servidumbre, sino una copropiedad. Ahora bien, es imposible que una sola y mis-

1 París, 18 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 173).

2 "Boletín del ministerio de la gobernación de Francia," 1868, página 15.

3 Fallo precitado, de Lyon, de 24 de Enero de 1866.

ma cosa sea común, si el derecho de cada uno de los comunistas es de naturaleza diferente; esta diferencia excluye la idea de comunidad. Por lo mismo ¿qué importa quién pida la co-propiedad? Que se reclame á nombre del dominio público ó á nombre del privado, de todas maneras hay incompatibilidad en que estos dos d^ominios concurren en una sola y misma cosa.

511. Según el art. 661, se puede adquirir la medianería en todo ó en parte. Esto depende del interés que tenga el propietario que reclama la cesión de la co-propiedad. El que compra la medianería para edificar puede construir una casa menos amplia, menos alta que la de su vecino, y no sería justo que debiese pagar la parte de la pared de que no se aprovecha. Pero ¿puede él pedir la co-propiedad de una parte del espesor de la pared? Ya era debatida la cuestión en el antiguo derecho (1), y hay alguna duda. Dícese que el texto no distingue; pero el antiguo proverbio de que en donde la ley no distingue, no es permitido distinguir, es de una aplicación muy delicada. Casos hay en que es preciso distinguir, y es cuando el motivo mismo en que se funda la ley nos obliga á distinguir. ¿Y no es así en el caso de que se trata? Pothier dice que el que solamente comprase una parte del espesor no por ello dejaría de aprovechar el espesor entero, lo que sería injusto. Luego si el vecino reclama la cesión de la medianería para edificar, parécenos que debe pagar toda la pared de que se aprovecha. Si no fuera para edificar, el juez podría, según las circunstancias, admitir una cesión parcial, porque el texto no se opone á ello.

512. El que reclama la medianería debe reembolsar al propietario la mitad de su valor, dice el art. 661, ó la mitad del valor de la porción que quiere hacer medianera, y la mitad del valor del suelo en el cual se edifica la pa-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 251.

red. La ley establece una diferencia entre el suelo y la pared. El que pide la cesión parcial de la medianería no debe pagar más que la mitad de la parte de pared que quiere comprar, pero debe siempre la mitad del suelo. Otro supone que la carga que el suelo soporta es la misma, sea cual fuere la altura de la pared, lo que evidentemente no es exacto. Cuando se trata de elevar la pared medianera, la ley tiene en cuenta el recargo de masa que de ello resulta para el suelo. Ella habría debido también tener en cuenta la carga menor que sobre el suelo pesa, cuando la pared no es medianera sino hasta cierta altura.

En cuanto á la pared, el vecino que pide la cesión de la medianería debe pagar la mitad del valor de aquélla. Así es que no es la mitad del gasto que erogó el propietario al construirla. La cesión de la medianería es una venta; ahora bien, dice Pothier, el precio de una cosa que se vende es el que ésta tiene á la hora de la venta. Luego deben tomarse en consideración el estado de la pared, su solidez y los materiales con que está construida. Conforme á este principio es como debe resolverse la cuestión de saber si el adquirente debe pagar el valor de las piedras labradas que constituyen el cerramiento, siendo así que le habría bastado con una pared de morillos. El debe el valor, dice el código, lo que es decisivo; por otra parte, el se aprovecha de la solidez que prestan los materiales mejores. Distinta es la cuestión de saber si el comprador debe la mitad del valor de los cimientos cuando el propietario los ha construido más sólidos en razón de una fosa de inodores que exige bases de una solidez extraordinaria. Siempre se ha aceptado, por seguir un temperamento de equidad, que en este caso el comprador no debe más que la mitad del valor de cimientos comunes. Esta era la opinión de Pothier, lo que es de gran peso en una materia que los

autores del código han tomado del derecho consuetudinario (1).

513. Lo más frecuentemente, la adquisición de la medianería da lugar á un reconocimiento pericial en el caso previsto por el art. 661, porque el propietario de la pared casi no puede conocer el valor de la medianería cuya cesión se solicita. ¿Quién reportará los gastos del reconocimiento? Se ha fallado que los gastos eran siempre á cargo del adquirente, aun cuando hubiese hecho ofertas suficientes. Las sentencias dicen que los gastos accesorios de la venta debe reportarlos el comprador; el art. 1593 así lo dice de la venta voluntaria, luego con mayor razón debe ser así cuando el vendedor se ve obligado á vender por interés y á demanda del que compra. En cuanto á las ofertas que hace el comprador, no pueden dispensarlo de aquella obligación, por la razón que acabamos de exponer; si el propietario de la pared las rehusa, no es porque pretenda que el precio ofrecido sea insuficiente, sino porque ignora el verdadero valor de la cosa, valor que sólo pueden estimar las personas de la profesión (2) Estas decisiones se fundan en el derecho y en la equidad. Hay, no obstante, una reserva que hacer. Si el propietario pusiere en duda el resultado del reconocimiento pericial, habría litigio y los gastos de éste, incluso los del reconocimiento, recaerían sobre el que perdiese: esto es de derecho común (3).

II. Derechos del adquirente.

514. Según los términos del art. 661, la pared cuya medianería pide el vecino se vuelve medianera, lo que quie-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 250, y los autores citados por Dailoz, *Servidumbre*, núm. 466.

2 Riom, 11 de Julio de 1838, y Limoges, 12 de Abril de 1820 (Dailoz, "Servidumbre," núm. 467).

3 Hay pareceres diversos acerca de este punto. Véase, Aubry y Rau, t. 2º, p. 430, nota 56, y De molombe, t. 11, p. 406, núm. 366.

re decir que el comprador se hace co-proprietario de ella. Sígnese de esto que el propietario sólo puede ejercer el derecho establecido por este artículo. La ley dice: "Todo propietario." En efecto, la pared medianera es un accesorio del inmueble que cierra; para ser propietario de lo accesorio, hay que serlo de lo principal. Así, pues, el que no es propietario de la heredad que se pone en contacto con la pared, no puede adquirir la medianería. Hay acuerdo en decir que el arrendatario no tiene este derecho; no lo tiene en su propio nombre, puesto que es un simple detentor; no lo tiene en nombre del arrendador, puesto que ninguna calidad tiene para promover á nombre de éste, y éste no puede hacerse propietario á su pesar. La corte de Brusclas ha resuelto lo contrario en un caso en que el contrato de arrendamiento daba al locatario el derecho de edificar (1). Esto fué mal fallado, porque el derecho de edificar no da derecho al tomador sino respecto al arrendador, pero ninguno le da respecto al propietario de la pared.

Ordinariamente se decide que el usufructuario, el enfiteuta, y por consiguiente el superficiario, que tienen un derecho real en la cosa, pueden por esto mismo reclamar la medianería de la pared en virtud del art. 661 (2). Creemos nosotros que el derecho real que pertenece al poseedor no le da ninguna calidad para exigir la cesión de la medianería. No olvidemos que de lo que se trata es de comprar á título de accesorio la co-propiedad de una pared; ahora bien, el derecho real no confiere la propiedad. El usufructuario es poseedor precario en cuanto á la propiedad; así, pues, ¿con qué derecho compraría una dependencia del predio de que simplemente disfruta? El compraría, en definitiva, para el nudo propietario, pero ¿quién

1 Bruselas, 16 de Enero de 1819 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 455).

2 Demolombe, t. 11, p. 394, núm. 353.

le da este derecho? Hay que ajustarse al texto; el propietario es el único que puede pedir la cesión forzosa de la co-propiedad de la pared.

515. ¿Cuál es el efecto de la adquisición de la medianería? El que adquiere se vuelve co-propietario de la pared, y en consecuencia, el vendedor cesa de ser propietario exclusivo, y sus derechos no son más que los de un comunista. Que esto sea así después de la cesión, es de toda evidencia. ¿Pero la cesión no tiene un efecto retroactivo. ¿La doctrina y la jurisprudencia admiten casi generalmente la retroactividad (1). Se asienta como principio que si el cedente ha practicado en la pared, cuando tenía su propiedad exclusiva, ciertas obras que no podría ejecutar á título de comunista, el adquirente puede pedir su supresión; de suerte que se reputa que la pared fué siempre medianera.

Esta doctrina nos parece muy dudosa. Está en oposición con los principios generales de derecho. La retroactividad de la medianería es una ficción: de hecho y de derecho, la pared ha sido la propiedad exclusiva del que la construyó en su predio; cuando se ve obligado á ceder su co-propiedad, se opera una mutación, y el predio cambia de naturaleza; ahora bien, toda modificación que se lleva á cabo en el estado de los bienes no tiene efecto sino para el porvenir. Si se quiere considerar la medianería como una servidumbre, se llega á la misma consecuencia. La pared era libre, y ahora está gravada con una servidumbre; ¿acaso la sumisión de una heredad retroacciona? ¿acaso se considera al fundo sirviente como que jamás ha sido libre? Ciertamente que nó; no está sometido sino para el porvenir, salvo que las partes contrayentes arreglen y modifiquen el pasado, si lo juzgan conveniente. En

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 431 y nota 61. Sentencia de casación, de 10 de Julio de 1861 (Daloz, 1862, 1, 139).

ausencia de convenciones, debe decidirse que el comprador toma el predio en el estado en que se encuentre; si el vendedor ha practicado en la cosa algunos trabajos que alteren su condición en su provecho, el comprador está obligado á respetarlos y á mantenerlos. En efecto, el vendedor de la pared tenía el derecho de emprender aquellos trabajos; ahora bien, los actos ejecutados en virtud de la ley son y permanecen válidos, á menos que lo resuelvan de otro modo las partes interesadas ó la ley. De todas maneras venimos á parar en esta consecuencia que, á falta de convenios, la retroactividad no podría existir sino en virtud de la ley. Esta es una ficción, y sólo el legislador tiene derecho á crearla. Trátase de destruir trabajos emprendidos legitimamente; si las partes contrayentes no han consentido en esa destrucción, el legislador es el único que puede destruir lo que ha permitido que se construya. Si se necesita un texto para que haya retroactividad, la cuestión está resuelta, porque no existe texto. Esto es lo que vamos á ver entrando en los pormenores de esta difícil materia.

516. El vendedor había construido chimeneas en la pared de la que era propietario exclusivo. Se ve forzado á ceder la medianería; ¿puede el comprador pedir la supresión de las chimeneas? Pardessus contesta con nosotros que el adquirente no tiene derecho á destruir las chimeneas porque no ha adquirido la medianería de la pared sino en el estado en que ésta se hallaba. La corte de Poitiers dice como nosotros, que ninguna disposición del código civil establece efecto restrictivo en favor del que adquiere la medianería (1). El art. 661 dice que todo propietario que se pone en contacto con una pared tiene la facultad de volverla medianera. Esto implica que la pared se vuelve

1 Pardessus, t. 1^o, p. 397, núm. 172. Poitiers, 28 de Diciembre de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 471, 1^o).

medianera á contar desde la cesión. El texto no deja duda alguna; y habría una duda respecto á que se debería interpretar la ley en favor del vendedor; porque ella impone una grave restricción al derecho de propiedad; obliga al propietario á que ceda la co-propiedad de una cosa cuya propiedad exclusiva le interesaría quizás conservar. Por tal título, el art. 661 es una excepción, y las excepciones son siempre de interpretación rigurosa. Parece que la corte de casación consagró la misma doctrina. Tratóbase de que el vendedor había asegurado en la pared el mástil principal de una máquina de vapor; el comprador pidió su supresión. La corte de París decidió que se mantuviesen los trabajos. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegación en que se dijo que la corte no había violado ninguna ley al fallar que el actor no puede exigir la supresión de los trabajos, "sea porque habiendo venido á ser adquirente de la medianería de la pared en una época en que los trabajos de que se quejaba se habían ejecutado ya, "él había debido tomar las cosas en el estado en que se hallaban," sea porque de estos trabajos ningún perjuicio resultaba que lo autorizara á pedir su supresión." El fiscal es todavía más explícito; invoca la autoridad de Pardessus, quien en esta cuestión, comparte nuestra opinión.

En sentencia posterior, la sala de lo civil, al casar una sentencia de la corte de Niza, proclamó el principio contrario. La nueva jurisprudencia se funda en el art. 661. Este artículo, dice la corte, al conceder al propietario que se pone en contacto con una pared, la facultad de volverla medianera, crea en su favor una servidumbre legal, cuyo ejercicio, aunque facultativo, no está limitado por ninguna restricción; el artículo tiene por efecto transferir al que de él quiere prevalerse el goce pleno é íntegro de todos los derechos que la ley atribuye á la medianería. Ahora bien,

la consecuencia esencial de la medianería de la pared es la de constituir una co-propiedad de ésta á favor del comprador y del vendedor, de ponerlos á ambos bajo un pie de completa igualdad, y de hacer cesar todos los actos de propiedad exclusiva, que aunque ejecutados por el vendedor antes de la cesión de la medianería, no por esto han dejado de quedar subordinados al ejercicio posible de la servidumbre á la que está sujeta la pared (1). He aquí una teoría nueva; la sentencia de 1861 casi no concuerda con la de 1845, pero poco importa. Se trata de saber si la doctrina consagrada por la corte de casación tiene su base en la ley y en los principios del derecho. Nosotros decimos que ésta es una teoría que el legislador habría podido aceptar; pero ¿la ha aceptado? El art. 661 dice que la pared se *ha hecho* medianera; ¿puede inferirse de esto que siempre haya sido medianera? Se invoca la igualdad que debe existir entre comunistas. Sin duda que deben estar en un pie de completa igualdad, pero la ley no establece ésta sino desde el momento en que hay comunión; ¿puede tratarse de igualdad entre comunistas, cuando todavía no existe comunión? He aquí, no obstante, en lo que viene á parar la doctrina de la corte de casación. Yo soy propietario exclusivo de una pared, en ella emprendo algunos trabajos, porque para ello tengo derecho, y naturalmente que los emprendo con la intensión de que subsistan. Pues bien, estoy en un error, debo preveer que el día menos pensado un vecino podrá pedir la medianería y exigir, en consecuencia, la supresión de mis obras: ¿yo me creía libre, y he aquí que sufro una servidumbre! Estoy en mi derecho para hacer lo que hago, y no obstante, no podré hacerlo, porque mañana mi vecino me obligará á demoler lo que yo tenía derecho de construir. Nos cuesta trabajo

1 Sentencia de casación, de 10 de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 138).

creer que el legislador, que embaraza el ejercicio de la propiedad para el porvenir, por eso solo la haya embarazado para el pasado.

517. Vamos á llegar á la más usual aplicación del principio adoptado por la doctrina y la jurisprudencia. Unas luces y unas vistas se practicaron en la pared, cuando era el objeto de una propiedad exclusiva. El vecino hace medianera á la pared; ¿puede pedir la supresión de las vistas y de las luces? Todo lo que el otro vecino ha hecho como propietario puede suprimirse desde el momento en que viene á ser co-proprietario; pero el adquirente del derecho de medianería no puede exigir la supresión de lo que su vecino ha hecho á título de servidumbre. Abrir luces es ejercer el derecho de propiedad; practicar vistas, es gravar el fundo vecino con una servidumbre; luego el que adquiere la medianería puede pedir la supresión de las luces, mientras que no puede atentar á la servidumbre de vista de que está gravada su heredad, como á ninguna otra servidumbre.

Se llaman luces las ventanas que el propietario de una pared en contacto inmediato con la heredad agena tiene el derecho de practicar con las condiciones determinadas por la ley: deben ser de enrejados de fierro y de vidrieras fijas, y no pueden establecerse sino á una cierta distancia del piso ó suelo del cuarto que se quiere iluminar (arts. 676 y 677). Estas ventanas se califican de luces de tolerancia, por más que el propietario de la pared tenga el derecho de practicarlas, porque el vecino hacia cuya heredad caen puede construir en su fundo á la altura que quiera, y por consiguiente tapar esas aberturas; luego al no construir las tolera. ¿Si él puede taparlas construyendo, no debe tener el mismo derecho adquiriendo la medianería? Esta es la opinión casi general, con excepción del disentimiento

de Toullier y de algunas sentencias (1). Si se admite el principio tal como lo ha formulado la corte de casación, la consecuencia casi no puede ponerse en duda. Una vez adquirida la medianería pone á los dos comunistas bajo un pie de igualdad perfecta; el comprador no puede practicar ninguna abertura en la pared medianera, art. 675, luego el vendedor debe suprimir las que había practicado antes de la cesión de la medianería. Tal es en efecto la jurisprudencia de la corte de casación y de casi todas las cortes de apelación. La corte de París había fallado en el sentido de nuestra opinión, invocando el principio de que el vendedor había usado de su derecho al practicar luces de tolerancia en su pared, y que el comprador 'debía tomar la cosa en el estado en que ésta se encontraba. Esta sentencia fué cusada. Los dos comunistas, dice la corte de casación, deben estar bajo un pie completo de igualdad. A nuestro juicio, la igualdad respecto al pasado es una falsa igualdad, porque es despojar al propietario de la pared de su derecho para investir á su vecino, el cual, cuando se ejecutaron los trabajos, no tenía ningún derecho; en tanto que la posición sea desigual, los derechos, no podrían ser iguales. ¿Qué importa? dice la corte. El propietario que aumentó la altura de la pared tenía á la verdad el derecho de hacerlo, pero no podía con la propiedad exclusiva, supuesto que su vecino tenía el derecho de exigir la medianería; luego todo lo que él hace, ha debido hacerlo con idea de verlo demolido (2). De ante-

1 Toullier, t. 2º, p. 236. núm. 527. Bruselas, 31 de Octubre de 1827 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 476, 3º, y *Pasicrisia*, 1827, p. 299); Bruselas, 23 de Enero de 1836 ("Pasicrisia," 1836, 2, 17). Gante, 28 de Noviembre de 1840 ("Pasicrisia," 1841, 2, 21). Valette enseña la misma opinión (Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 799, nota).

2 Sentencia de casación, de 3 de Junio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 185). Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 19 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 350). No oitamos las sentencias de las cortes de apelación; la mayor parte á penas están motivadas, con

mano hemos contestado á esta argumentación. Esta es una materia que sacrifica los derechos del propietario al interés y aun al capricho del vecino que quiere adquirir la medianería. ¿Es esta la teoría de la ley? Tal es la cuestión.

Hay dos artículos que determinan los efectos de la medianería. El art. 662 viene inmediatamente después de la disposición que permite al vecino volver la pared medianera, y ¿qué es lo que dice el artículo? Que uno de los vecinos no puede *practicar* en el cuerpo de una pared medianera ninguna abertura sin el consentimiento del otro vecino. El art. 675 está concebido en los mismos terminos: "Uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, *practicar* en la pared medianera ninguna ventana ó abertura, ni aun de bastidor fijo." ¿Acaso la prohibición de *practicar* trabajos quiere decir que el que adquiere la medianería tiene el derecho de exigir la supresión de los trabajos existentes? Grande es la diferencia, y se necesita una interpretación singularmente extensiva para conciliar el texto con la doctrina que de él se deduce. ¿Qué es lo que dice la corte de casación para justificar esta interpretación? Confiesa que la palabra *practicar* se refiere únicamente á hechos futuros; pero, dice ella, debe entenderse en un sentido enumerativo, y aplicarse por analogía á las aberturas ejecutadas antes de la cesión de la medianería. Entender por analogía, un derecho excepcional, exorbitante por propia naturaleza, es exceder los límites de la ley, y no interpretarla.

Nuestra convicción es que la jurisprudencia ha hecho la ley. Nosotros agregamos que la culpa la tiene el legislador, tanto como el intérprete. El derecho de pedir la

excepción de su sentencia de Tolosa, de 8 de Febrero de 1844 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 472). Véanse las autoridades en Demolombe, t. 11, p. 314, núm. 370, y en Aubry y Rau, t. 2º, p. 432, nota 62.

cesión de la medianería está fundado en un interés público, y no hay otro interés público que el de edificar. Esto es lo que el legislador supone, pero no lo dice. En el antiguo derecho, las costumbres expresaban este motivo, ó al menos cuando aceptaban la adquisición de la medianería á título de derecho absoluto, tenían cuidado de agregar que si el vecino no quería edificar, las vistas practicadas por el propietario en la pared subsistirían, y que el adquirente no podría taparlas. Ya la jurisprudencia se hallaba en el mismo sentido. Esta teoría era lógica. Si el propietario estaba obligado á suprimir sus ventanas, era por un interés general. Mientras que si no se versaba un interés público, aquél conservaba sus luces (1). Toullier dice que el código civil debe interpretarse en el mismo sentido (2). Esto es difícil de aceptarse, porque el código ya no subordina la facultad de adquirir á la condición de edificar, y no hace la distinción que establecían las costumbres y la jurisprudencia. La opinión de Toullier ha permanecido aislada. Habría, pues, que ir hasta prohibir al adquirente que edificase cuando el vendedor ha practicado luces en su pared, porque estas luces son un derecho adquirido y el que lo adquiere debe respetarlo. Los tribunales han retrocedido ante tal consecuencia (3). Esta se deduce lógicamente de los principios, pero está en oposición con el fin que se ha propuesto el legislador, que en el de favorecer la construcción de las casas. Hay en estos derechos en conflicto, el del propietario de la pared y el del vecino que quiere edificar; el legislador habría de-

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *vistas*, pfo. 3, núm. 2 (t. 36, página 477).

2 Toullier, t. 2º, p. 236, núm. 527.

3 La sentencia precitada de la corte de Tolosa lo dice (Dalloz, "Servidumbre," p. 154, núm. 472).

bido resolver este conflicto. En el silencio de la ley, la jurisprudencia se ha pronunciado por el que adquiere la medianería. Cuando el vecino edifica sigue el espíritu de la ley; pero se ve uno obligado á reconocerle el mismo derecho cuando no construye, cuando no tiene ningún interés en conseguir la medianería y en tapar las luces, aun cuando lo hiciere únicamente por capricho ó mala voluntad. Esto evidentemente que no es el espíritu de la ley. Luego hay inconsecuencia y contradicción.

518. ¿Debe establecerse una excepción á estos principios, cuando las luces existen hace treinta años? Nosotros planteamos la cuestión colocándonos en el punto de vista de la opinión general. La negativa no es dudosa. Las luces que el propietario de la pared practica en ella, observando las condiciones prescritas por los arts. 476 y 479, son el ejercicio del derecho de propiedad, y conservan este carácter por todo el lapso de tiempo que subsisten. Ahora bien, actos de propiedad no pueden tener por efecto gravar el fundo del vecino con una servidumbre. Luego en el momento en que él adquiere la medianería su heredad es libre, y él se halla frente á ciertos trabajos ejecutados por el propietario de la pared, trabajos que éste tenía el derecho de ejecutar como propietario exclusivo, pero que no tiene el derecho de mantener después de haberse vuelto comunista. Tal es también la opinión de los autores, y la que está consagrada por la jurisprudencia (1).

¿Pasaría lo mismo si el propietario de las dos heredades hubiese practicado las luces por destino del padre de familia, y si al separarse uno de los vecinos pidiese la me-ⁿ

1 Demolombe, t. 11, p. 414, núm. 371. Aubry y Rau, t. 2º, p. 432, nota 63. Véase la jurisprudencia en Dalloz, "Servidumbre," número 474, 1º y 2º Hay que agregar, Lieja, 13 de Julio de 1853 ("Pascuaria," 1853, 2, 115).

dianería de la pared? En teoría, puede contestarse que el destino del padre de familia, equivale á título; ahora bien, las servidumbres adquiridas por título deben mantenerse. Acerca de este punto no podía haber duda alguna. Pero para esto es preciso que la servidumbre sea nata; y en el caso que acabamos de suponer no había todavía servidumbre en el momento en que se verificó la separación de los fundos, y en este momento mismo el vecino pide la medianería; luego jamás ha habido servidumbre. Sin duda que este es el caso que supone Demolombe, cuando dice que el destino del padre de familia no impediría al adquirente de la medianería pedir la supresión de las luces. Pero si la servidumbre se hubiese adquirido por destino del padre de familia habría que resolver que las luces no pueden suprimirse. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

519. En cuanto á las vistas, si constituyen una servidumbre á cargo del fundo del cual el propietario quiere adquirir la medianería de la pared que separa á las dos heredades, es claro que el adquirente las debe respetar. Esto no es más que la aplicación de un principio general. Según los términos del art. 701, el propietario del predio deudor de la servidumbre no puede hacer nada que tienda á disminuir su uso; con mayor razón, no puede con sus actos destruir la servidumbre. En vano se diría que al adquirir la medianería usa de su derecho; se le contestaría que él no puede ya usar de su derecho, puesto que él mismo lo ha restringido gravando su predio con una servidumbre. Así es que cuando ha concedido á su vecino la servidumbre de perspectiva, ya no puede construir en su fundo; por consiguiente, ya no puede pedir la me-

1 Demolombe, t. 11, p. 415, núm. 371. Lyon, 19 de Abril de 1826 (Daloz, "Servidumbre," núm. 480); Burdeos, 18 de Enero de 1850 (Daloz, 1851, 2, 123).

medianería, ó por lo menos no puede pedirla con el fin de suprimir las ventanas, supuesto que esto sería equivalente á suprimir la servidumbre, él se ha sometido. Y que no se objete que el derecho de reclamar la medianería es de interés público, y que el propietario no puede renunciar á un derecho que es de orden público. Una sola cosa hay que sea de interés público en la cesión de la medianería, y es que el que quiere edificar puede volver medianera la pared; pero se puede renunciar á la facultad de edificar, gravando el predio con la servidumbre de no edificar; y entonces ya la cuestión no es de reclamar la medianería de la pared por un interés general. El vecino podrá, además, volver medianera la pared, pero ésta será una medianería imperfecta; nada hay en esto que lesione el interés público (1).

Todos están de acuerdo sobre el principio. Pero la aplicación suscita una cuestión acerca de la cual hay controversia y duda. ¿Cuándo hay servidumbre de vista? Si está establecida por título, no hay duda posible. Lo mismo cuando hay destino del padre de familia, puesto que, por los términos del art. 692, equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes (2). ¿Pero hay también servidumbre de vista cuando el propietario de una pared ha practicado en ella vistas á una distancia menor que la que determinan los arts. 678 y 679, y cuando estas vistas subsisten durante treinta años? La corte de casación de Francia y casi todas las cortes de apelación deciden la afirmativa; y en consecuencia, fallan que el vecino gravado con la servidumbre de vista puede en verdad adquirir la medianería, pero una medianería limitada por la servidumbre de que está gravada su servidumbre (3). No

1 Aubry y Rau, t. 2º p. 432 y nota 65.

2 Gante; 5 de Abril de 1850 ("Pasierisia," 1850, 2, 196).

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 432, notas 66 y 67. Demolombe, t. 11, pá-

puede tratarse de tapar ventanas que existen á título de servidumbre, el vecino puede volver medianera la pared, hasta puede edificar, pero no puede hacerlo sino con la condición de no perjudicar al derecho de vista con que está gravado (1). Las cortes de Bélgica se han pronunciado por la opinión contraria. Nosotros examinaremos más adelante la cuestión, al tratar de la servidumbre legal de vista y de luces. La mayor parte de los autores siguen la opinión consagrada por la corte de casación de Francia, y nosotros creemos que tal opinión es la buena. Y desde el momento en que se admite el principio, la consecuencia no podría ponerse en duda.

520. Hay en esta opinión, una diferencia capital entre las luces de tolerancia y las vistas. Como las luces se han practicado en virtud del derecho de propiedad, no imponen ningún gravamen al predio vecino; el dueño de éste puede á toda hora construir, pedir la medianería y suprimir las luces. Mientras que las vistas, cuando no hay entre las dos heredades la distancia prescrita por la ley, imponen un gravamen al predio hacia el cual caen y enjendran una servidumbre, que impide al dueño del predio sirviente exigir su supresión, aun cuando adquiriese la medianería de la pared en la cual se han practicado. La aplicación de estos principios no carece de dificultades: ¿Cómo se distinguirán las luces y las vistas? Unas y otras son ventanas. Pero la ley prescribe para las *luces* restricciones y condiciones que no establece para la construcción de *vistas*. Si el que ha practicado algunas *luces*, se ha sujetado á las disposiciones de los arts. 676 y 677, la simple

gina 417, núm. 374. Véase la jurisprudencia en Dalloz, "Servidumbre," núm. 475. Hay que agregar, Burdeos, 27 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 480, núm 22); Bastia, 28 de Agosto de 1846 (Dalloz, 1846 2, 178). Nimes, 7 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 77).

1 Véanse las sentencias en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 451, 1º y 476, 1º y la sentencia precitada de Nimes, de 7 de Mayo de 1851.

visita de los lugares será suficiente para resolver la cuestión. En cuanto á las *vistas* la cuestión es todavía más fácil; la ley determina la distancia que debe existir entre dos heredades para que el propietario de la pared pueda abrir ventanas. Desde el momento en que esta distancia no existe, las *vistas* practicadas en la pared no pueden practicarse sino á título de servidumbre; lo que siempre tiene lugar en nuestro caso, supuesto que el derecho de adquirir la medianería implica que las dos heredades son contiguas. Queda por definir las *vistas*: éstas son todas ventanas que no presentan los caracteres de las luces de tolerancia definidas por los arts. 677 y 678.

Pero no siempre los hechos corresponden á las disposiciones de la ley. Sucede con bastante frecuencia que las luces no están construidas según las prescripciones del código. ¿Basta esto para que constituyan vistas? Tal decisión sería demasiado absoluta y excedería la intención del legislador. Al ordenar que las luces presenten los caracteres determinados por los arts. 676 y 677, el código no dice que si falta uno de estos caracteres, la luz se considera como una vista. Aun cuando el propietario de la pared no se haya sujetado en todo á la ley, las luces pueden seguir siendo luces de tolerancia, si no se han practicado de manera que el propietario tenga una vista hacia la heredad vecina. Así, pues, la dificultad se vuelve una cuestión de hecho que el juez resolverá según las circunstancias. Si, á pesar de la inobservancia de la ley, las ventanas son luces de tolerancia, no hay servidumbre; porque la tolerancia excluye la idea de un gravamen que pese sobre el predio del vecino. La doctrina y la jurisprudencia son de este sentir (1).

521. El efecto de la medianería no existe sino cuando

1 Nîmes, 7 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 2, 78). Lyon, 20 de Julio de 1833 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 474 2º). Aubry y Rau, t. 2º, ps. 204 y siguientes, notas 19 y 20.

la pared se ha vuelto medianera por la cesión que el vecino ha obtenido. Esta cesión es una venta, y la venta produce todos sus efectos desde el momento en que hay concurso de consentimiento; sólo que en el caso del artículo 661, el propietario de la pared no puede rehusarse á ceder su medianería. Si se rehusase, la intervención se haría por intervención de la justicia. Por más que haya una especie de expropiación, no se requiere que sea previa la indemnización. Así, pues, la única condición que se requiere para el traslado de la medianería, á instancia del vecino, es el consentimiento voluntario ó forzoso del propietario de la pared. Hasta entonces, la pared no es medianera, y en consecuencia, el vecino no puede servirse de la pared, puesto que el dueño de la cosa tiene derecho de usarla ó disfrutarla. Si el vecino practicase cualesquiera trabajos contra la pared ó en la pared, el propietario tendría el derecho de pedir su supresión con daños y perjuicios. Pero ¿qué debe resolverse si, á esta instancia, el demandado declarase que quería adquirir la medianería? Se ha fallado que en este caso el vecino no debía ser sentenciado á suprimir las obras, porque la supresión sería frustratoria; á penas se hubieran suprimido los trabajos, cuando el vecino vuelto co-proprietario podría restablecerlos. Pero si hubiere causado un daño, quedaría obligado á repararlo, porque es siempre la verdad decir que el daño fué ocasionado sin derecho; luego éste es un cuasi-delito, y la adquisición de la medianería no desvanece el hecho dañoso (1).

III. Derechos del vendedor.

522. Hemos calificado de venta la cesión de la medianería que el vecino puede pedir en virtud del art. 661.

1 Bruselas, 16 de Enero de 1819 (*Pasicrisa*, 1819, p. 271).

Una sentencia de la corte de casación resuelve que la facultad ejercida á título de servidumbre por el vecino contra el propietario de la pared no es una venta, porque no ofrece los elementos legales de ésta. En efecto, dice la corte, el consentimiento libre de las partes es una condición esencial de la venta, mientras que, en el caso previsto por el art. 661, es forzoso el consentimiento del que debe ceder la medianería. La sentencia agrega que las condiciones y las consecuencias de la co-propiedad de la pared medianera se rigen por las disposiciones del título de las "servidumbres" y nó por las del título de la "venta" (1). Nosotros creemos que esta decisión se halla en oposición con el texto de la ley y con los principios mismos que la corte invoca. El art. 661 dice que todo propietario que se pone en contacto con una pared tiene la facultad de "volverla medianera." Esta expresión es sinónima de la que se halla en el art. 660, por cuyos términos el vecino que no ha contribuido al aumento de altura de la pared medianera puede "obtener la medianería." El que adquiere la medianería la compra, porque debe "pagar ó reembolsar" al dueño de la pared la mitad de su valor, arts. 660 y 661. Estos ciertamente no son más que los elementos de la venta, una cosa, un precio y el consentimiento. ¿Qué importa que el propietario de la pared esté obligado á vender su medianería? Hay muchos casos en los cuales el consentimiento del vendedor es forzado. El que es expropiado por causa de utilidad pública no puede rehusarse á vender; el código civil y la constitución dicen que es *obligado* á ceder su propiedad, lo que no impide que esta cesión sea una venta. Pues bien, en el caso del art. 661, hay también una expropiación por causa de utilidad pública, puesto que el propietario de la pared está obligado á ce-

1 Sentencia de denegada apelación de 17 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 87).

der su co-propiedad por motivos de interés general. Aunque cuando se vea obligado á vender, su consentimiento interviene, no obstante, en la venta, porque se debe fijar el precio, se necesita el concurso del vendedor ó un fallo, que igualmente implica un contrario. Si no es una venta la cesión forzosa de la medianería ¿qué es entonces? La corte de casación dice que las condiciones y las consecuencias de la medianería están regidas por el título de las "servidumbres." Y ¿qué importa? La medianería no es una servidumbre, sino una co-propiedad. Pero admitamos que sea una servidumbre; ¿acaso las servidumbres no pueden establecerse por título? ¿y el título usual no es una venta? Así, pues, la medianería puede comprarse; y lo está en los casos previstos por los arts. 660 y 661, luego hay venta.

523. Supuesto que hay venta, hay que aplicar los principios generales que rigen la venta. ¿Tiene el propietario de la pared el privilegio del vendedor? Se ha fallado que no, porque el art 661 no se lo da (1). Mala razón. La ley da un privilegio á todo vendedor, en el título de los *Privilegios*. ¿Es fuerza que repita una disposición de derecho común en todos los artículos en que se trata de una venta? Se pregunta si la acción que él tiene del pago del precio, es personal, real ó mixta (2). Nosotros no comprendemos que se haya planteado la cuestión: ¿Acaso la acción del vendedor no nace de un contrato, de un vínculo personal? Luego es personal. Sin duda que si el comprador no paga, el vendedor tiene, en primer lugar, su privilegio, que es un derecho real y engendra una acción real; pero la garantía de un derecho determina la naturaleza de este

1 París, 23 de Julio de 1833 (Daloz, "Privilegios é hipotecas," núm. 427).

2 Se ha fallado que es mixta. París, 22 de Febrero de 1834 (Daloz, *Venta*, núm. 1096, 3°); denegación, 23 de Marzo de 1843 (Daloz, *Acción*, núm. 124). Compárese, Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 2°, p. 174, nota 24.

derecho? El vendedor tiene, además, la acción de resolución que retroaccione contra los terceros, pero esta acción es extraña al pago del precio, supuesto que, en caso de resolución, deja de haber venta. Si la venta de la pared medianera se resuelve, el tercer adquirente será obligado á pagarla, si es que quiere conservar la medianería; pero esto será en virtud de una nueva adquisición y no en virtud de una venta en la cual ha permanecido extraño. Así, pues, nada hay de real en la acción de pago de precio. Se objeta que la medianería es una servidumbre que grava al fundo, sea cual fuere el poseedor á cuyas manos pase (1). ¿Y no sucede lo mismo con todo género de servidumbre? No por esto la venta que establece dicha servidumbre deja de ser un contrato que engendra acciones personales.

Si el propietario de la pared, obligado á ceder su copropiedad, es un vendedor, y no tiene todos los derechos que dimanen de la venta, debe también reportar todas las obligaciones que incumben al vendedor. La corte de casación ha fallado que él no está obligado á la garantía de los vicios ocultos, porque, según su jurisprudencia, no hay venta. Por lo menos hay un contrato á título oneroso; ¿y toda transmisión de propiedad verificada á título oneroso, acaso no implica la obligación de garantía? ¿Con qué derecho, el que ha cedido la medianería de una pared que no le pertenecía ó que estaba viciada, había de conservar el precio que se pagó como condición de la cesión?

II. Pruebas de la medianería.

a) Presunciones.

524. La medianería resulta siempre de un concurso de consentimiento, y poco importa que éste sea libre ó forzado. Luego se funda en un contrato, y en principio ha-

1 Informe de Troplong, sobre la sentencia de denegada apelación precitada (Dalloz, t. 3º, p. 39).

bria que aplicar las reglas establecidas en el título de las *Obligaciones convencionales* acerca de las pruebas. Si existe un escrito, no hay que decir que hará prueba, con las condiciones y con los efectos determinados por la ley: Pero lo más á menudo no hay escrito, porque la construcción se remonta á época muy lejana, y entonces no se hizo escritura ó si se hizo se extravió. ¿Cómo se resolverá en este caso la cuestión de propiedad? Para prevenir las disputas que se suscitan fácilmente entre vecinos, el legislador ha creado presunciones, fundadas como todas las presunciones, en probabilidades. En el caso que tratamos, hay una probabilidad que muy rara vez engaña. Dos vecinos tienen el mismo interés en la construcción de la pared que separa sus heredades: ¿no es poco más ó menos claro que habrán construido dicha pared á expensas comunes? La probabilidad aumenta en las ciudades, en donde el cerramiento es forzoso. Y si uno de los vecinos ha edificado después que el otro, sin que haya contribuido á levantar la pared ¿no es probable que haya usado del derecho que la ley le da de adquirir la medianería? ¿El propietario de la pared habría permitido que su vecino apoyara la construcción en una pared que no le pertenece? Habría ó servidumbre ó co-propiedad. El legislador se ha pronunciado porque la co-propiedad fundándose en el interés del vecino; la co-propiedad da derechos mucho más extensos que la servidumbre; así, pues, el vecino tiene interés en comprar la medianería: éste es también el interés del propietario de la pared. Hay en esto una probabilidad de co-propiedad de la que el legislador ha hecho una presunción (1). Y esta es una presunción legal. El art. 1330, núm. 2, lo dice. Síguese de aquí que deben aplicarse los principios que rigen las presunciones legales,

1 Duranton, t. 5º, p. 294, núm. 301. Demolombe, t. 11, p. 346, número 315.

y antes que todo, la regla de interpretación que restringe las presunciones á los casos precisos para los cuales se establecen; luego no hay más presunciones de medianería que las que un texto formal consagra.

I. De la pared que separa dos edificios.

525. El art. 653 dice que en las ciudades y en los campos, toda pared que sirve de separación entre edificios hasta el techo se presume medianera: La palabra *héberge* es vieja y caída en desuso, y significa techo, tejado, albergue, este último sentido se ha conservado en la palabra *albergar*, *héberge*. Cuando la ley dice que se presume medianera la pared hasta el techo, *héberge*, esto significa, como Berlier lo ha explicado en el consejo de Estado, que la pared es la co-propiedad de los dos vecinos hasta el punto en que los dos edificios de desigual altura pueden aprovechar la pared común (1). El excedente de pared pertenece al propietario del edificio más elevado; y lo mismo sería aun cuando el excedente sobresaliere del techo de ese edificio, porque la continuación y la dependencia de la parte de pared es lo que constituye el objeto de una propiedad exclusiva. No hay que distinguir si el edificio está situado en el campo ó en una ciudad; el texto de la ley lo dice, y esto se funda también en la razón, supuesto que la probabilidad en que se funda la presunción tiene la misma fuerza, sea cual fuere el lugar en que estén ubicados los edificios; el interés que los dos vecinos tienen en un cerramiento común en todas partes, es el mismo.

526. El código dice que la pared que sirve de separación entre edificios se presume medianera. ¿Hay también presunción de medianería cuando la pared separa una casa

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, número 17 (Boché t. 4º p. 168).

de un patio ó de un jardín? La cuestión es debatida, y nada menos hay tres opiniones. Sin embargo, ella se reduce á términos sencillísimos, y la corte de casación la ha resuelto en una línea (1). No existe presunción legal sin ley, luego no existe presunción de medianería sin texto. ¿Y qué es lo que dice el art. 653? Establece una presunción de medianería "entre edificios;" luego no existe sino cuando las dos heredades son edificios; por lo tanto, deja de haber presunción legal cuando una de las heredades es una casa y la otra un fundo no edificado. Esto decide la cuestión. En vano se aducirían las mejores razones del mundo para extender la presunción á caso no previsto por la ley; nosotros hacemos á un lado todas estas objeciones por una excepción de no recibir. Así es como se han prevalido de la autoridad de Pothier para establecer una presunción de propiedad en las ciudades en donde es forzoso el cerramiento, sea cual fuere la naturaleza de las dos heredades, art. 663; de esto se infiere que es probable que uno de los vecinos haya forzado al otro á contribuir á la construcción de la pared que separa las dos heredades. Probable, sí; pero la probabilidad no se convierte en presunción legal sino cuando el legislador la establece, y éste ha tenido buen cuidado de establecer lo que se quiere introducir en la ley. El que construye una pared de cerramiento de dos mil francos, no podrá hacer contribuir á su vecino, propietario de un terreno no edificado, sino por un centenar de francos, porque éste no tiene interés en que se construya una pared espesa; ahora bien, uno de los vecinos preferirá tener la propiedad exclusiva de la pared, y el otro no estará obligado á pagar, aun cuando sean cien francos, por una pared que no le es necesaria. Creemos inútil insistir.

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Junio de 1845 (Daloz' 1845, 1, 358).

II. De la pared que separa los patios, jardines y cercados.

527. “En las ciudades y en los campos, toda pared que sirve de separación entre patios y jardines se presume medianera,” art. 653. Aquí ya no hay que distinguir si las dos heredades son patios ó jardines; la ley no dice que exista la presunción cuando una pared separa “dos patios ó dos jardines;” sino que dice que toda pared que separe “patios y jardines” se presume medianera. Esto se funda “también en la razón; si el propietario de una casa que se halla en contacto con un fundo no edificado tiene un interés infinitamente mayor en el cerramiento que su vecino; no sucede lo mismo cuando una de las heredades es un patio y la otra un jardín, el interés es idéntico, luego hay que presumir que el cerramiento es común.

El art. 653 establece la misma presunción de medianería entre cercados en los campos. ¿Qué se entiende por *cerca* ó *cercado*? Las opiniones están divididas. Supuesto que la ley no define el cercado, hay que decidir que todo cerramiento constituye un cercado; la única condición que resulta del texto, es que el fundo esté cerrado por todos sus lados. Cuando existe esta condición, importa poco cuál sea la naturaleza del terreno circuido, que sea un prado ó un campo, la ley no distingue, y ni había lugar á distinguir. Lo que en los campos determina la presunción, es que los dos vecinos han cuidado de circuirse enteramente; por lo tanto es probable que la pared que los separa es común, teniendo uno y otro el mismo interés en su construcción.

528. En los campos, las heredades deben estar cercadas para que la pared que las separe se presuma medianera. Se pregunta si esta misma condición de cerramiento se exige para los patios y jardines. La cuestión es discutida, pero creemos que el texto la resuelve. Nada puede agre-

garse á las presunciones, así como nada se les puede suprimir; ahora bien, el art. 653 no exige que los patios y jardines estén circuidos. Si tal hubiera sido la voluntad del legislador, inútil habría sido hablar de los patios y jardines, y habría bastado con decir “y los cercados.”

529. ¿Las paredes que sirven de sostén á un terrado se presumen medianeras? También esta cuestión es debatida, y para resolverla se hacen diversas distinciones, considerando el interés que pueden tener los dos vecinos en la construcción de la pared. La respuesta, á nuestro juicio, se halla en el texto del art. 653. Para que una pared sea medianera se necesita que sirva de separación entre dos heredades. Esta es la condición esencial: si la pared de terrado separa las dos heredades contiguas, será medianera; si no es un muro de separación, no había presunción de medianería.

b) Cuando cesan las presunciones de medianería.

I. De la prueba contraria.

530. El art. 653, que establece las presunciones de medianería, añade: “Si no hay título ó marca de lo contrario.” ¿Quiere decir esto que sea necesario un título ó signo de lo contrario para que caigan las presunciones de medianería? Sí, cuando existen estas presunciones. Pero toda presunción implica ciertas condiciones de existencia, si faltan éstas no hay presunción, y en tal caso no puede tratarse de rendir pruebas en contrario de una presunción que no existe. Luego hay que distinguir. Cuando no se ataca la existencia de la presunción, debe producirse un título ó invocar signos de no-medianería, si se presume que el muro que se tiene por medianero es propiedad exclusiva de uno de los vecinos. Si se pretende que la presunción no existe, hay que probar que no existen

las condiciones á las que está subordinada la presunción. ¿Cuáles son estas condiciones? Según el texto del art. 653, no hay más que dos: es preciso, en primer lugar, que haya dos edificios, patios, jardines ó cercados: en seguida se necesita que haya una pared que separe dichas heredades. Ya dijimos que si una pared separa un edificio de un patio ó de un jardín ó de un cercado, no hay presunción de medianería, lo mismo si en los campos las dos heredades no estuviesen enteramente circuidas. Se necesita también que la pared sea pared de separación, lo que implica que las dos heredades pertenezcan á propietarios diferentes. Se pregunta si esta condición debe existir al construirse la pared. Respecto á los edificios, no se la exige, supuesto que la medianería puede haberse adquirido cuando el vecino construyó contra una pared ya existente; todo lo que el propietario primitivo de la pared puede pedir en este caso, es que se le pague el precio de la medianería, si es que no han transcurrido treinta años desde la construcción. Pero el precio se haya pagado ó nó, no por esto deja de existir la presunción, desde el momento en que un tercero ha construido contra el muro. Acabamos de decir que un tercero, es decir, el vecino. Si el propietario de la pared hubiese levantado la construcción, y en seguida se enagenase el edificio, no habría presunción de medianería, porque ya no se estaría en las condiciones que la ley supone; la pared no sería medianera, ni por haberse construido entre dos edificios, supuesto que al construirse sólo uno había, ni por haberla adquirido el vecino, supuesto que no es el vecino el que ha construido (1).

En cuanto al muro que separa patios y jardines; hay que referirse siempre al momento en que se construyó;

1 Autry y Rau, t. 2º, p. 420, notas 11 y 12. Sentencia de denegada apelación, de 10 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 483). Compárese, Demolombe, t. 11, p. 350, núm. 321, y Bourges, 21 de Diciembre de 1836 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 441).

desde este momento ha tenido que separar dos heredades pertenecientes á propietarios diferentes para que haya presunción de medianería; porque entre patios y jardines no hay construcciones posteriores desde las cuales la medianería se hubiese adquirido; luego es preaiso que ésta lo haya sido al levantarse la pared; si en tal momento la pared no separa dos heredades, cae la presunción de medianería. En cuanto á los cercados, hay que aplicar lo que acabamos de decir de los edificios; la pared puede haberse construido cuando las dos heredades fueron cercadas; puede, además, haberlo sido en el momento en que estando ya cerrada una de las dos heredades, el vecino cerró también la suya.

531. Las presunciones del art. 653 pueden hallarse en conflicto con la presunción establecida por el art. 552, ¿cuál será el que predomine? Según el artículo 552, la propiedad del suelo implica la propiedad de lo que está encima; de aquí el art. 553 saca la consecuencia que se presume que toda construcción hecha en un terreno lo ha sido por el propietario y á sus expensas y le pertenece, si no se prueba lo contrario. Luego cuando una pared que separe dos heredades está construida en el suelo de uno de los vecinos se presume que pertenece á éste, y también se presume medianera en virtud del art. 653. En este conflicto, al juez corresponde decidirse en favor de una ú otra de dichas presunciones, conforme á los hechos y á las circunstancias de la causa no puede aplicar una y otra, porque de ello resultaría que la pared es á la vez propiedad exclusiva y co-propiedad; luego fuerza es que escoja. Supuesto que se admite la prueba contraria en uno y en otro caso, el juez puede pronunciarse en favor de una de las presunciones y hacer á un lado la otra (1).

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 114).

II. Del título contrario.

532. ¿Qué se entiende por título? ¿Se necesita un escrito auténtico ó bajo firma privada que haga constar que la pared litigiosa es la propiedad exclusiva de uno de los vecinos? La doctrina y la jurisprudencia están concordes en rechazar la prueba testimonial (1). Esto nos parece muy dudoso. Cuando una presunción legal admite la prueba, ésta consiste en todos los medios que la ley consagra para establecer un hecho jurídico, luego también es admisible la prueba testimonial contra las presunciones, bien entendido que dentro de los límites determinados por la ley; se necesita que el valor pecuniario del litigio no exceda de ciento cincuenta francos, ó un principio de prueba por escrito. Tal es el derecho común; ¿lo deroga el artículo 653? Este exige un "título." Esta palabra es á veces sinónima de escritura; escrito ordinariamente significa un hecho jurídico que engendra un derecho ó una obligación: la donación, el testamento, la venta, el trueque, la partición son otros tantos títulos, ¿Se necesita, para la validez del título, que haya un escrito? Para los títulos onerosos, nó; la venta puede probarse por medio de testigos. Luego si los dos fundos contiguos hubiesen sido vendidos, y en el momento de la venta se hubiese reservado la propiedad exclusiva de la pared á una de las partes, habría título, y según el derecho común, este título puede probarse por medio de testigos, si el valor del litigio no excede de ciento cincuenta francos, ó si hay un principio de prueba por escrito. ¿Por qué el art. 653 había de haber derogado estos principios? No vemos la razón. Por lo mismo, debe uno atenerse al derecho común.

533. ¿Se necesita que el título sea común á las dos par-

1 Demolombe, t. 11, p. 367, núm. 333; Aubry y Rau, t. 2º, p. 421, nota 17. Angers, 3 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 18).

tes? La corte de casación ha resuelto que esta condición no se requiere, porque el art. 653 no la exige (1). Esto, á nuestro modo de entender, es razonar mal. Antes que todo hay que ver si la condición no resulta de los principios generales; en este caso no se necesita que se reproduzca en todos los artículos que impliquen su aplicación, los principios deben aplicarse á todos los casos que pueden presentarse, á menos que la ley haga una excepción. Así, pues, la cuestión es ésta: ¿Existe una regla de derecho? ¿y el art. 653 es una excepción de dicha regla? Ahora bien, es elemental que ya no se pueda probar un derecho de propiedad contra quien quiera que sea por medio de un título que emane de tercera persona. Luego para que haya prueba, el título invocado por el que se dice propietario debe ser común á la parte contra quien éste se prevale del título (2).

III. De los signos de falta de medianería.

534 Según los términos del art. 654, "hay signo de falta de medianería cuando el extremo alto de la pared es recto y á plomo de su paramento por un lado, y del otro presenta un plano inclinado." En este caso la pared se presume que pertenece exclusivamente al propietario del lado del cual está el albañal. La razón es que el albañal es un inconveniente; si la pared fuese común, no se habría construido de un modo que uno de los vecinos tuviere él sólo la carga del albañal; luego hay presunción de propiedad exclusiva á favor del que soporta solo la carga. Este signo de falta de medianería escrito, por decirlo así, en la pared, debe predominar sobre la presunción general de medianería.

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 85).

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 421, nota 16. Compárese, Demolombe, tomo 11, p. 368, núms. 334-335.

Hay signos de falta de medianería cuando sólo de un lado se encuentra una albardilla, ó filetes y repisas de piedra, si éstos se han puesto cuando se edificó la pared. La *albardilla* es una especie de techo colocado en lo alto de la pared; cuando sólo existe de un lado, la pared presenta un plano inclinado, y por consiguiente, el derrame de las aguas se opera por el lado en donde se halla la albardilla; de aquí una presunción de propiedad exclusiva á favor del propietario que recibe las aguas. El *filete* es la parte de la albardilla que sobresale de la pared para impedir que las aguas pluviales la menoscaben; cuando no hay filetes más que de un lado, el gravamen del derrame pesa exclusivamente sobre el fundo por cuyo lado están los filetes, lo que hace presumir que el dueño del fundo tiene la propiedad exclusiva de la pared. Las “repisas de piedra” son unas piedras salientes que sirven para soportar las vigas del edificio que se construye ó que se construirá más tarde; en este caso, se presume que la pared pertenece exclusivamente al propietario de la pared de cuyo lado están las repisas, porque la construcción de la pared patentiza que sólo á él debe servirle (1).

La ley quiere que los filetes y las repisas sean de piedra. Pothier nos da la razón; porque sería facilísimo á un vecino que quisiera atribuirse la propiedad de la pared, mandar hacer por el lado suyo filetes de yeso, sin que el vecino lo supiese (2). Por la misma razón, la ley exige que los filetes y repisas se hayan colocado al construir la pared. Si lo han sido después, cesa la razón de la presunción, y en consecuencia, la presunción de medianería conserva toda su fuerza. Las personas del arte serán las que deci-

1 Pardessus, t. 1º, p. 379, núm. 162. Durantón, t. 5º, p. 308, número 309. Demolombe, t. 11, p. 370, núm. 336.

2 Pothier, *De la sociedad*, núm. 205. Demolombe, t. 11, p. 372, número 337.

dan si los filetes y repisas se pusieron al construirse la pared. Ellos resolverán también si los filetes y repisas tienen el destino que la ley les supone, y por cuya razón presume la falta de medianería de la pared. Por esto es que se ha fallado que el filete deja de ser una presunción de propiedad exclusiva, cuando no tiene por objeto facilitar el derrame (1).

Hay alguna dificultad en lo concerniente á la prueba. Unos filetes de piedra existen en una pared, ¿se necesita que el que invoca tales signos de falta de medianería pruebe que se pusieron al edificar? No es dudosa la afirmativa, supuesto que esa es la condición que la ley requiere para que exista la presunción, y al actor corresponde establecer la presunción de que se prevale. ¿Pero qué debe resolverse si dichos signos existen desde hace treinta años? Merlin contesta que su existencia trentenaria es una presunción legal de que se han hecho regularmente (2). Esto es dudoso. La expresión, en todo caso, es inexacta; no puede tratarse de una presunción legal sin ley. Luego hay que ver si la prescripción trentenaria dispensa al que invoca signos de falta de medianería de la obligación de probar que se colocaron al edificar. La prescripción hace que se adquiera la propiedad; más adelante veremos si los signos de falta de medianería pueden ser combatidos por la prescripción. Por el momento, se trata de saber si el que alega dichos signos como presunción de la falta de medianería está dispensado de probar, después de treinta años, que se pusieron al edificar. La prescripción trentenaria tiene dos efectos: es extintiva ó adquisitiva. No es del caso la prescripción adquisitiva, porque exige condiciones especiales de posesión. En cuanto á la prescrip-

1 Rennes, 9 de Julio de 1821 (Daloz, "Servidumbre," núm. 436.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *medianería*, pfo. 1º, número 6, seguido por todos los autores (Aubry y Rau, t. 2º, p. 422 y nota 20).

ción extintiva, no podría oponerse al vecino que nada demanda porque él tiene á su favor la presunción de medianería, el otro propietario es el que se prevale de signos de falta de medianería para sostener que es propietario exclusivo: se necesita que lo pruebe ¿y está dispensado de la prueba porque el estado de las cosas en que se funda existe desde hace treinta años? La ley no atribuye tal efecto á la prolongada duración de los signos, y en el silencio de la ley no vemos en qué principio se fundaría uno para dispensar al actor de que probase el fundamento de su demanda.

535. ¿Si los signos de no-medianería existen por ambos lados de la pared se tendrá á ésta por medianera? En el antiguo derecho, se admitía esta presunción. El código no la reproduce, y esto resuelve la cuestión. Si la pared es una de las que el art. 653 presume medianeras, no se necesita invocar los signos de falta de medianería. Y si la pared no se presume medianera por la ley, por esto mismo es propiedad exclusiva de uno de los vecinos y esta prueba no puede combatirse por signos que parezcan indicar que la pared es común; esto puede ser probable, pero una probabilidad no es una presunción legal. Así, pues, si hubiese en los campos un cercado, y que la propiedad contigua no estuviese cerrada, la pared sería propiedad del dueño del cercado, aun cuando por ambos lados presentara signos de falta de medianería, albardillas, por ejemplo, ó filetes (1).

536. ¿Se pueden invocar otros signos de falta de medianería que los que enumera el art. 654? La cuestión es debatida y ha dado lugar á tres diversas opiniones. A nosotros no nos parece dudosa. El art. 653 comienza por decir que las presunciones de medianería caen cuando hay

1 Demolombe, t. 11, p. 374, núm. 339. Duranton, t. 5º, p. 314, número 312. Aubry y Rau, t. 2º, p. 422 y nota 23.

signos de lo contrario. Si el legislador hubiera querido admitir los signos que se usaban ó que pudieran introducirse en lo sucesivo, habia debido limitarse á avanzar el principio remitiendo á los usos locales, y lo ha hecho así? Nó, absolutamente; él define con cuidado en el artículo 654 cuáles son los signos de la falta de medianería. En vano se dice que el artículo no está concebido en términos restrictivos; la restricción resulta de la naturaleza misma de esos signos. En efecto, ellos establecen una presunción de propiedad exclusiva: “*en tales casos, se presume que la pared pertenece exclusivamente al propietario de cuyo lado están el derrame ó las albardillas y filetes de piedra.*” Luego hay una presunción de propiedad *en los casos* previstos por la ley. ¿Se pueden extender las presunciones? La pregunta es una sola herejía jurídica, porque las presunciones legales son, por su esencia, de la más estricta interpretación. Si fuera necesario apoyar esta decisión en la intención del legislador, nosotros invocaríamos la autoridad de Albisson, el dictaminador del Tribunal, el cual dice en su discurso: “el proyecto imprime el sello de la ley á la medianería *presumible*,” y en seguida “*determina precisamente los signos de falta de medianería.*” ¿Para qué determinar con tanta precisión dichos signos, entrando en pormenores técnicos, si se quisiera atenerse no sólo á los hechos actuales, sino también á los futuros? (1).

536 bis. ¿Cómo pueden combatirse las presunciones de no-medianería? El art. 653 dice que las presunciones de medianería ceden ante un título ó el signo de lo contra-

1 Aubry y Rau, t. 2º p. 422 y nota 18. Rennes, 9 de Julio de 1821 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 436). Angers, 3 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 18). En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 378, número 341. Lieja, 19 de Enero de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 235). Hay una tercera opinión sostenida por Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, página 793.

rio; en el art. 654, nada se dice de la prueba contraria á la presunción de propiedad exclusiva que resulta de los signos de falta de medianería. Luego hay que aplicar el derecho común. Ahora bien, es de principio que toda presunción legal admite la prueba contraria, salvo en los casos previstos por el art. 1353, y claro es que las presunciones de propiedad no entran en ninguna de estas presunciones. Así, pues, la prueba contraria es admisible. Y ¿qué se entiende por esto? Las pruebas de derecho común, tales como están formuladas en el título de las *Obligaciones*. Hay, á este respecto, una diferencia entre la presunción del art. 654 y la del 653. En el art. 653, la ley enumera las pruebas contrarias, y como menciona más que el título y los signos de falta de medianería, se ha inferido que estaba excluida la prueba testimonial. No puede decirse eso de la presunción de propiedad que el art. 654 establece, supuesto que, en el silencio de la ley, el derecho común es el que debe recibir su aplicación; luego pueden alegarse no sólo títulos auténticos ó documentos privados, sino también la prueba testimonial, dejándose entender que dentro de los límites trazados por el código civil (1).

537. Así, pues, los signos de falta de medianería cederían ante un título que estableciese ésta. Hay que decir más: el título podría establecer la propiedad exclusiva de la pared á favor de los vecinos de cuyo lado no estuviesen el derrame, los filetes ó albardillas de piedra, porque la presunción no es más que una probabilidad, y no puede tratarse de probabilidad cuando se halla uno en presencia de la certidumbre. Se hace, sin embargo, una restricción á esta decisión: hay autores que enseñan que los signos superarán si tuvieren una existencia de treinta años posteriores al título. Nosotros creemos con Durantón que esto es un error. El título da la prueba patente, sea de la

1 Demante, "Curso analítico," t. 2º, p. 600, núm. 570 bis, 6.

propiedad exclusiva de la pared en favor del que no posee los signos; ahora bien, una prueba cierta no se puede combatir con probabilidades; la ley permite perfectamente bien que se opongan signos de falta de medianería, pero nunca permite que se combata un título con presunciones. Otra cosa sería si además de los signos de falta de medianería el vecino hubiese opuesto al que tiene un título una contradicción contra el derecho que del título resulta, y aun entonces es dudoso que la contradicción sea suficiente; ella no podría invocarse, según nuestra opinión, sino en apoyo de la prescripción, porque en vano se contradice un título, con ello no puede destruirse una prueba á la que uno ha concurrido, supuesto que el título es común á ambos vecinos. Nos falta ver si uno puede valerse de la prescripción.

IV. De la prescripción.

538. ¿Puede invocarse la presunción contra las presunciones de medianería y no medianería? La afirmativa no es dudosa. ¿Que cosa es, en efecto, una presunción? Una prueba que descansa en una probabilidad. Esta prueba desaparece ante un título, es decir, ante un hecho jurídico, tal como una convención que establece de una manera cierta la propiedad ó la medianería. Ahora bien, la prescripción también es inútil; el código la coloca entre las maneras que transmiten la propiedad, art. 711, y aun es el más poderoso de los títulos, porque precisamente se ha establecido para poner un término á la incertidumbre que dejan las pruebas, aun la misma prueba literal. Luego con mayor razón la prescripción puede oponerse á simples probabilidades erigidas en presunciones. ¿Cuál es, en definitiva, el efecto de las presunciones legales? Dispensar de toda prueba á aquél en cuyo provecho existen, artícu-

lo 1352; pero la otra parte es admitida á la prueba contraria; pues bien, ella rinde esa prueba estableciendo que ha adquirido la propiedad exclusiva ó la medianería por medio de la prescripción.

Esto contesta á la objeción que pudiera sacarse del silencio de la ley. Al establecer la presunción de medianería para los setos que separan dos heredades, el art. 670 agrega: "Si no hay título ó *posesión suficiente* en contrario." El código no menciona la *posesión*, cuando se trata de las presunciones que establecen la medianería de una pared, art. 653; y el 654, del cual resulta una presunción de propiedad exclusiva, no reserva ninguna prueba contraria. Pero el silencio del art. 653 no es prueba, como tampoco el del 654; no basta con el silencio de la ley para apartar la aplicación de los principios generales, para esto se necesita un texto que establezca una excepción. Desde el momento en que no hay excepción volvemos á entrar al dominio de la regla (1).

539 Se presume medianera una pared, por los términos del artículo 653. ¿Uno de los comunistas puede describir su propiedad exclusiva? En principio, la cuestión no sufre duda alguna. En todo tiempo se ha admitido que uno de los co-proprietarios de una cosa indivisa puede adquirir su propiedad exclusiva por la prescripción. De hecho, la prescripción será siempre muy difícil de establecerse. Naturalmente se necesita que las condiciones requeridas por la ley existan; luego se necesita una posesión á título de propietario; ahora bien, el que alega la prescripción era co-proprietario, por lo que tenía derecho para ejecutar actos de propiedad; ¿cómo distinguir la posesión de comunista de la posesión de propietario exclusivo? Se dirá que hay actos que el comunista no puede ejecutar en

1 Demante, "Curso analítico," t. 2º, p. 599, núm. 507 bis, 5.

tal calidad; luego si los hace, hay actos de propiedad exclusiva, y por lo tanto, una posesión suficiente para prescribir. Esto sería cierto si él no pudiese ejecutar dichos actos á título de servidumbre, y el comunista puede adquirir una servidumbre en la cosa común. De aquí una nueva dificultad; ¿al practicar ventanas en una pared medianera, el comunista ha procedido á título de propiedad ó á título de servidumbre? Las dificultades son reales, pero una dificultad de prueba no constituye una imposibilidad legal; éstas son cuestiones de hecho que se abandonan á la prudencia del juez.

Una pared es la propiedad exclusiva de uno de los vecinos, sea porque tenga un título, sea que por el lado suyo haya pruebas de falta de medianería. ¿El otro vecino podrá adquirir la medianería por la prescripción? La decisión es la misma, y las dificultades de hecho casi son menores. La propiedad puede prescribir, luego también la co-propiedad. Pero ¿de qué manera distinguir los actos de posesión que se implican al ejercicio de una propiedad exclusiva de los que sólo suponen la co-propiedad? Y ¿cómo distinguir la posesión de la que sólo se ejerce á título de servidumbre? Se ha fallado que el acto de uno de los vecinos de arrimar á una construcción separativa de propiedades el muro de un acirate, de apoyar espalderas, de fijar garfios de hierro para sostener árboles no constituyen más que actos de simple tolerancia que no puede hacer que se adquiera ni propiedad ni co-propiedad (1). Difícil es aprobar ó criticar sentencias de hechos, porque en ellas todo depende de la apreciación de las circunstancias de la causa.

540. ¿Cuál es el efecto de la posesión ánuas? Destruye las presunciones establecidas por el código en materia de

1 Sentencia de Pau, de 18 de Agosto de 1834. Compárese, Demolombe, t. 11, p. 385, núm. 347. Aubry y Rau, t. 2º, p. 423 y nota 24:

medianería? La cuestión se agita sobre, todo, por los setos medianeros, pero puede presentarse también respecto á las zanjas y paredes medianeras; los principios, en todos los casos, son los mismos. Existe una diferencia de redacción en los textos, pero que es insignificante. Ya nosotros la hemos hecho notar. El art. 670, por cuyos términos el seto que separa dos heredades es medianero, agrega: "Si es que no hay posesión suficiente en contrario;" los arts. 658, 654 y 666 no contienen esta reserva. Pero es incontestable que si la posesión ánua destruye la presunción de medianería de un seto, debe ser también suficiente para destruir la presunción de medianería de las zanjas y paredes. La cuestión divide á los autores; la jurisprudencia es constante, y se pronuncia contra el efecto que se quiere atribuir á la posesión ánua. No vacilamos en colocarnos al lado de la jurisprudencia.

La cuestión se reduce á términos muy sencillos. ¿Qué cosa es una presunción de medianería ó de propiedad exclusiva? Toda presunción es una manera de prueba, y nada más que esto; en este punto los partidarios de la opinión que estamos combatiendo tienen mucha razón. ¿La prueba de qué? Que el que tiene á su favor esa presunción es propietario ó co-proprietario de la pared litigiosa. Y ¿qué cosa es la posesión ánua? El que desde hace un año está en pacífica posesión de un predio, á título no precario, tiene las acciones posesorias para hacer que se le mantenga en posesión, código de procedimientos, art. 23. El que se pretende propietario del fundo puede además promover en lo petitorio, pero allí debe probar su propiedad; mientras que el poseedor mantenido en posesión nada tiene que probar. ¿De qué modo el actor establecerá que es propietario? El rendirá la prueba según el derecho común; luego si tiene en su favor una presunción, él puede invocarla. Basta aplicar estos principios elementales á nuestra

cuestión para resolverla. Uno de los vecinos está ó pretende estar en posesión de la medianería de una pared; el otro se titula propietario exclusivo de la pared litigiosa. Si el primero posee desde hace un año, á título no precario, triunfará en lo posesorio, el juez de paz lo mantendrá en posesión de la medianería. El otro podrá proceder en lo petitorio, y entonces estará obligado á probar que es propietario de la pared. ¿Cómo rendirá esa prueba? Conforme al derecho común, es decir, invocando un título ó la prescripción; puede también prevaleerse de las presunciones establecidas por los arts. 653 y 654, y ésta es la más fácil de las pruebas, porque resulta de la ley; él no tendrá que probar más que una sola cosa, y es que la presunción existe á su favor. ¿El demandado le opondrá la posesión ánua? ¿dirá que esta posesión destruye la presunción legal? Así lo pretenden; pero esto se halla en oposición con los principios elementales que acabamos de recordar. La posesión ánua no tiene más efecto que mantener al poseedor en su posesión, y obligar á su contrario á que promueva en lo petitorio, en donde, como actor, deberá rendir prueba de su propiedad. Pues bien, él la prueba por la presunción legal de los arts. 653 y 654. En vano el poseedor le opondrá que la posesión ánua establece en su favor una presunción de propiedad; el único efecto de esta presunción de propiedad es el de mantenerlo en posesión y de declinar en su adversario el fardo de la prueba cuando el debate se entable en lo petitorio. Esta prueba la rinde invocando la presunción legal, conforme á los artículos 1350, núm. 2 y 1352. Por lo tanto, él ya no tiene nada que probar, salvo que el demandado rinda la prueba contraria. Esta prueba contraria, él no la rendirá evidentemente prevaleándose de la posesión ánua, porque ésta nada tiene de común con la propiedad.

III. Obligaciones que se derivan de la medianería.

a) Reparaciones y reconstrucciones.

541. La medianería es una co-propiedad. De aquí se sigue el principio formulado por Pothier." La comunidad de la pared medianera constituye, entre aquellos á quienes pertenece en común, las mismas obligaciones que constituye la comunidad de las demás cosas." Cada uno de los vecinos, continua Pothier, está, pues, obligado á emplear en la conservación de la pared medianera los cuidados que los padres de familia tienen costumbre de emplear en la conservación de lo que les pertenece. Si la pared se menoscabase ó arruinase por culpa de uno de los comunistas, por haber sido rozado por los carros de ese vecino, ó por los que en su patio recibía, estaría obligado á reparar ó á reconstruir la pared á sus propias expensas, porque su culpa ha sido el no haber puesto pilones ó de no haber preservado la pared de cualquiera otra manera, como todo propietario lo habría hecho (1).

542. El art. 655 consagra una consecuencia de estos principios: "La reparación y la reconstrucción de la pared medianera están á cargo de todos los que en ella tienen derecho, y proporcionalmente al derecho de cada uno." Como puede suceder que la pared no sea medianera en toda su extensión, por eso los gastos deben ser proporcionados al derecho de cada cual. Respecto á la parte común, los gastos se soportan en común, es decir, por mitad, sea cual fuere el valor de ambas heredades; no por esto la pared deja de ser una propiedad común á los dos vecinos. No hay que distinguir si las reparaciones son únicamente necesarias de un solo lado de la pared, ó si tienen que hacerse en ambas caras. Una sentencia de la corte de Gre-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 219.

noble ha fallado que, en el primer caso, el propietario de cuyo lado solo se emprenden las reparaciones es el único que debe pagarlas (1). Hay que cuidarse de erigir esta decisión en principio, porque puede ser justa de hecho, si hay culpa por parte del propietario, y esto no lo comprueba la sentencia. Si no hay culpa, hay que aplicar el principio de que cuando los derechos y los intereses son comunes, las cargas deben también serlo:

543. Si las reparaciones y reconstrucciones se hacen necesarias por culpa de uno de los vecinos, los gastos serán á su cargo. Esto no es más que la consecuencia del principio establecido por Pothier (núm. 541). Debe agregarse que estará obligado á reparar el daño que puedan causar á su co-propietario las reparaciones ó reconstrucciones: tales serán las privaciones de goce, las incomodidades, las pérdidas que el vecino haya experimentado. Esto no es más que la aplicación del derecho común concerniente á los actos nocivos. Domat, siguiendo las leyes romanas, pone una restricción á esta obligación: si el vecino hubiese hecho pinturas preciosas sobre la pared común, no se le tendrá en cuenta más que el valor de pinturas ordinarias, porque él mismo es culpable, en este caso, de alguna imprudencia (2). Los jueces pueden admitir este temperamento de equidad, porque ellos son los que tienen que apreciar la causa de los daños y perjuicios y que fijar su extensión.

544. Uno de los vecinos echa abajo las construcciones que se apoyaban en la pared medianera y levanta unas construcciones nuevas de mayor consideración; y se descubre que la pared no es capaz de sostenerlas. Se pregunta si la pared más gruesa que tenga que construirse

1 Grenoble, 20 de Julio de 1822 (Daloz, "Servidumbre," número 476, 2°).

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1°, tít. 12, sec. 4°, núm. 4.

era una carga común. Se ha fallado que el art. 655, al poner á cargo de los co-proprietarios la reparación y la reconstrucción de la pared medianera, debe restringirse al caso en que la necesidad de la reparación y de la reconstrucción provenga de la vetustez y de la fuerza mayor; pero que no podría aplicarse al caso en que, siendo la pared buena y de duración, uno de los co-proprietarios quisiera apoyar en la pared medianera construcciones mucho más considerables que las establecidas primitivamente; que entonces el vecino en cuyo interés debe practicarse la reconstrucción, es el que debe reportar todos los gastos de éste con todas sus consecuencias (1). ¿No es demasiado absoluta esta decisión? Según los términos del art. 657, todo co-proprietario puede mandar edificar contra una pared medianera. Si él edifica y la pared no se halla en estado de aguantar la construcción ¿estará obligado á pagar él solo los gastos de una pared más sólida? Ciertamente que nó, supuesto que edificar contra la pared medianera es un derecho del co-proprietario; estando la pared destinada á soportar las construcciones de los dos vecinos, deberá reconstruirse á expensas comunes, aun cuando estuviese todavía buena la pared y de duración. ¿Y si uno de los co-proprietarios demuele una construcción para emprender otra más considerable, deberá en todo caso pagar los gastos de la nueva pared? La ley no determina cuáles son las construcciones que cada vecino puede hacer; ¿en dónde, pues, el límite de lo que se le permite y de lo que se le veda? No obstante, hay un temperamento de equidad: la pared medianera se destina á sostener edificios ordinarios, casas de habitación; si uno de los vecinos quiere construir una fábrica que necesite paredes gruesas y adherir á ellas chimeneas, el juez podrá cargarle una parte mayor en los gastos, y aun todos ellos,

1 Orleans, 22 de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 2. 88).

si la pared fuese bastante sólida para aguantar una construcción ordinaria. Con alguna vacilación aventuramos esta opinión; los tribunales ya no tienen el poder que tenían en el antiguo derecho, ya no pueden decidir por equidad, porque el texto del código los obliga; y el texto, ol repetimos, no restringe el derecho de edificar. Preferiríamos de todas maneras ajustarnos á la letra de la ley.

Hay, sin embargo, algunas restricciones á la obligación de reconstruir la pared medianera. Veamos lo que Pothier enseña á este respecto, porque habiendo seguido el legislador en esta materia el antiguo derecho, hay que interpretar el código por la tradición del derecho consuetudinario. El vecino, dice Pothier, no está obligado á contribuir á la reconstrucción de la pared sino según su elevación antigua: ésta era la disposición formal de la costumbre de París, art. 210; si uno de los co-propietarios quiere aumentar la altura de la pared, debe hacerlo á sus expensas. Del mismo modo, agrega Pothier, el vecino no debe contribuir á la reconstrucción de la pared sino teniendo en cuenta lo que debe costar una pared de la misma calidad; el que quiere reconstruir una pared con materiales más caros debe pagar el excedente de gasto. La equidad también en este caso venía á modificar esta decisión. Si por una economía mal entendida, dice Pothier, la antigua pared no hubiese sido construida con bastante solidez, yo podría obligar al vecino á que contribuyese á la construcción de una pared más sólida, y tal como se juzgase que el interés común lo exigiere.

545. Cuando se trata de reconstruir la pared divisoria, antes que todo debe comprobarse que hay necesidad. Así, pues, uno de los vecinos no puede derribar la pared sin el consentimiento del co-propietario. Se ha fallado que si el vecino manda derribar la pared sin haber conseguido

ese consentimiento, no se le admitirá á que pruebe con testigos el pésimo estado de la pared; que él debe imputarse á sí mismo el no haber empleado los medios que le daba la ley; que habiéndola infringido debe soportar las consecuencias de esa infracción voluntaria (1). Esta decisión es severa, pero justa. La prueba testimonial no se admite sino cuando hay imposibilidad de procurarse una prueba literal. Ahora bien, en el caso de que tratamos, no sólo es posible esto, sino que es un deber para el vecino el pedir el consentimiento de ser vecino, y por lo tanto, procurarse una prueba literal. Por lo mismo, la prueba oral debe rechazarse.

b) *De la facultad de abandonar la medianería.*

546. Según el art. 656, "todo co-propietario de una pared medianera puede dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones abandonando el derecho de medianería." Esto no es más que la aplicación de un principio general; cuando uno sólo está obligado á causa de una cosa que se posee, puede uno descargarse de la obligación abandonando la cosa. Ahora bien, el co-propietario de la pared medianera no está obligado á reparar y reconstruir sino en razón de la co-propiedad; abandonando su derecho á la cosa común, cesa con esto de estar obligado á las cargas que son una consecuencia del derecho. El código dice que él debe abandonar el *derecho de medianería*; la costumbre de París era más explícita, porque decía que "el vecino debe abandonar su derecho de comunidad á la pared y á la tierra en que ésta se arraiga," art. 210. En efecto, él debe abandonar la cosa en razón de la cual está obligado, es decir, la pared medianera; ahora bien, la pared no se concibe sin el suelo en el cual está edificada, y con el cual hace un solo y mismo todo.

1 Bourges, 14 de Enero de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 492),

547. El código supone que la medianería entera es la que se cede. ¿Esta suposición es una condición del abandono, ó se puede abandonar la co-propiedad por parte? A primera vista, se vería uno tentado á pronunciarse por el abandono parcial. En efecto, la ley dice que lo que debe abandonarse es el derecho de medianería, y no permite un abandono parcial, y esto se concibe; el vecino se limitará siempre á abandonar la medianería de la parte de la pared que debe repararse ó reconstruirse; ¿no es este cálculo contrario á la equidad? La corte de Besançon ha fallado en este sentido, pero su decisión fué casada, y debía serlo. Resulta del art. 661 que la medianería es un derecho divisible, porque se le puede adquirir en parte. Esto decide la cuestión; si la medianería puede adquirirse por partes, nada impide que se la abandone en parte. En cuanto á la equidad, no entra en la cuestión; déjase entender que el abandono parcial en nada puede dañar al co-propietario de la pared medianera. Con esta reserva que la corte de casación hace en términos formales, el abandono de una parte de la pared nada tiene de contrario á la equidad (1).

548. El art. 656 pone una restricción á la facultad de abandono que él establece: "Con tal que la pared medianera no sostenga una construcción perteneciente al que quiere hacer el abandono." Esta restricción resulta del principio mismo en el cual se funda la facultad de abandonar la medianería. Puede uno descargarse de la obligación de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones de la pared, abandonando el derecho á ésta, pero no puede uno dispensarse de la carga conservando á la vez el derecho; y es conservar el derecho á la medianería el recargar una construcción contra dicha pared; por lo mismo el abandono es imposible. Otra cosa sería si el que quiere hacer

1 Sentencia de casación, de 3 de Abril de 1863 (Daloz, 1865, I, 176).

el abandono de la pared medianera sacase de ella cualquiera utilidad; no puede servirse de la pared sino cuando es medianera, luego hay contradicción en servirse de la pared y en abandonar su medianería. Es cierto que el art. 656 no habla más que del caso en que la pared sostiene una construcción, pero el artículo nada tiene de restrictivo; no es más que la aplicación de un principio, y el principio se aplica naturalmente á todos los casos análogos (1).

La aplicación del art. 656 suscita una dificultad que ha dividido á los tribunales y á las cortes de apelación a la hora de resolverla. Eráse el caso que el co-proprietario de una pared medianera había hecho el abandono de la medianería, cuando la pared sostenía todavía un edificio que le pertenecía, pero contrayendo el compromiso de demolerla. Y sucedió que la demolición del edificio adherido á la pared acarreó la ruina de ésta; el co-proprietario por cuyos actos se produjo el daño, sostuvo que él no era responsable, puesto que había cesado de ser co-proprietario al abandonar su derecho de medianería. Desechada tal pretensión por el tribunal de primera instancia, fué aceptada por la corte de Montpellier; pero la sentencia fué casada. En efecto, la sentencia se halla en oposición con el texto del código. El art. 656, no permite que abandone la medianería á aquél cuya construcción está sostenida por la pared; y la corte de Montpellier había sancionado el abandono, por más que existía una construcción sostenida por la pared cuya medianería se abandonaba. En vano alegaba el co-proprietario que él se había comprometido á demoler la construcción; la ley no se conforma con este compromiso, sino que quiere que exista una construcción; luego en tanto que no haya una, es imposible el abandono. Esta exigencia de la ley está fundada en la ra-

1 París, 4 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 2, 217).

zón y la justicia. Supongamos que el comunista comience por demoler el edificio, así como lo previene el código; la demolición causa la ruina de la pared; es evidente que el co-propietario deberá reconstruir la pared á sus expensas. Por lo tanto, no puede permitírsele que haga un abandono condicional libertándose de la obligación que pesa sobre él de no hacer nada que vulnere el derecho de su co-propietario. Luego el abandono condicional implica la obligación de reparar el daño que la demolición pueda ocasionar (1).

549. Al decir que por el abandono de la medianería, el copropietario de la pared puede librarse de la carga de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones, la ley supone que ninguna culpa hay por parte de aquél. Si las reparaciones ó reconstrucciones han sido ocasionadas por su culpa, el debe reportar las consecuencias; así es que él será el que pague los gastos á pesar del abandono que haga de su derecho de medianería. El puede eximirse de una carga real á la que sólo está obligado como detentador de la cosa común; pero él no puede desligarse de una obligación personal; y el hecho nocivo constituye un cuasi-delito, y éste engendra una obligación personal que jamás el deudor puede dispensarse de cumplir.

550. El abandono de la medianería tiene por efecto conferir al co-propietario la propiedad exclusiva de la pared. ¿Pero de qué manera la co-propiedad puede transformarse en propiedad exclusiva? Para esto se necesita el consentimiento del co-propietario, porque nadie puede convertirse en propietario á su pesar. De lo que se sigue que interviene un contrato entre los dos vecinos. El uno pide que el otro contribuya á las reparaciones y reconstrucciones, y éste conteste abandonando su derecho de medianería.

1 Sentencia de casación, de 16 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 109).

ría. Si el primero acepta este abandono, hay concurso de consentimiento, y por lo tanto, contrato; la aceptación, por lo demás, puede ser expresa ó tácita. ¿El contrato que se celebra por el abandono, se hace bajo la condición expresa ó tácita de que el vecino á quien se hace el abandono reparará ó reconstruirá la pared? Ya en el antiguo derecho, Pothier enseñaba que si el propietario de la pared la dejaba caer en ruinas, el vecino podría revocar el abandono que de ella había echo, y reclamar, por consiguiente, la distribución de los materiales y del suelo. Y los autores modernos siguen todos esta opinión, invocando el principio de la condición resolutoria tácita (1). Esto es incontestable si se admite la existencia de un contrato hecho con la condición de que el vecino repare ó reconstruya la pared. Tal es, en efecto, la intención de las partes. Si el abandono de la pared no debiera tener ese efecto, no habría cuestión; no queriendo ninguno de los vecinos reparar, la pared caerá en ruinas; ellos, en este caso, se distribuirán los materiales y el suelo. Luego cuando se hace el abandono, es con la intención de que se repare ó reconstruya la pared. Todo esto es tácito, pero poco importa, porque el consentimiento no puede ser expreso.

IV. Derechos que resultan de la medianería.

a) Principio.

551. Es un principio general, dice Pothier, que la comunidad de una cosa da á cada uno de aquellos á quienes pertenece en común el derecho de servirse de ella para los usos á que su naturaleza la destina, con el temperamento, no obstante, de que debe usarla como buen padre de familia, y de manera que no cause ningún perjuicio á aquellos

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 321. Aubry y Rau, t. 2º, página 424, nota 31 y las autoridades que citan.

con quienes la cosa le es común, y que no impida el uso que ellos deben hacer igualmente. Debe agregarse que bajo ciertos conceptos la medianería da derechos más extensos que la comunidad ordinaria. Los asociados así como los comunistas no pueden hacer innovación en la cosa común sin el consentimiento de todos sus asociados; mientras que los propietarios de una pared medianera sí pueden hacer innovaciones (1). Por esto es que pueden aumentar la altura de la pared medianera, lo que constituye una innovación; pueden mandar colocar vigas al través de todo el espesor de la pared, arts. 657 y 658. Así, pues, el derecho de medianería se acerca al derecho de propiedad exclusiva: en los casos que acabamos de citar, el copropietario procede solo, sin el concurso de su vecino, como si fuese solo y único propietario.

Esto, no obstante, se discute y hay duda. Los arts. 657 y 658 no exigen el concurso de voluntad de los dos copropietarios para las construcciones que uno de ellos quiera recargar contra la pared medianera, ni para dar mayor elevación á la pared. De aquí se concluye que el derecho de construir y de elevar la pared es absoluto. Pero veamos la razón que hay para dudar. El art. 662 dice que "uno de los vecinos no puede practicar en el cuerpo de una pared medianera ningún ahondamiento, ni aplicar ó recargar en ella obra ninguna "sin el consentimiento del otro," ó sin que, al rehusarse éste, mande arreglar por medio de peritos los medios necesarios para que la nueva obra no sea perjudicial á los derechos del otro." Esta disposición es tan general, tan absoluta como los arts. 657 y 658. ¿Debe por esto inferirse que deba aplicarse á la construcción y al aumento de altura de la pared? Este es el parecer de la mayor parte de los autores (2). Hay una

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 207. Demolombe, t. 11, p. 456, número 396.

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 424, nota 32 y los autores que citan.

sentencia contraria de la corte de casación en materia de elevación (1). Nosotros creemos que ella ha fallado bien. En cuanto al derecho de edificar, el art. 657 lo consagra en términos absolutos, como un derecho que se deriva de la medianería, sin subordinarlo á la condición de un consentimiento previo ó de un dictamen pericial. Parece que en este punto los autores del código han seguido la autoridad de Pothier, el cual enseña que edificar contra la pared que es medianera es un uso natural de ésta; por esto es por lo que se la construye. Ciertamente es que las antiguas costumbres agregaban diversas restricciones en el ejercicio de este derecho; pero el código sólo admite una, y es la formulada en el art. 657. En vano se dice que el art. 662 contiene una restricción general; si ésta fuese general, la ley no entraría en el pormenor de las obras para las cuales exige el concurso de voluntad de los dos vecinos, ó por lo menos un dictamen pericial. Luego debe decidirse que el artículo 662 se aplica á otras obras que no son construcciones y elevación de paredes. Lo que hace dudosa la cuestión, es que resulta una anomalía, una especie de inconsecuencia de esta interpretación. Ciertamente que las obras más importantes que un comunista puede ejecutar son las de edificar contra la pared y elevar su altura. Y esto puede hacerlo sin el consentimiento de su co-proprietario. Mientras que necesita este consentimiento ó al menos un dictamen pericial para los trabajos de menor importancia que enumera el art. 662. Se contesta que las construcciones fortifican la pared, mientras que los trabajos previstos por el art. 662 podrían debilitarla. La respuesta no es decisiva. Porque las construcciones pueden ser excesivas; pueden salirse del límite de las construcciones ordinarias;

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 356). Véase, en este sentido, Duranton, t. 5º, p. 380, número 335. Mourlon, según Valette, t. 1º, p. 779.

¿no sería justo, y á la vez prudente, para prevenir las disputas y litigios, exigir el consentimiento y un dictamen pericial?

b). De las construcciones.

552. El art. 657 dice: “todo co-proprietario puede mandar edificar contra una pared medianera, y colocar en ella vigas por todo el espesor de la pared, menos cincuenta y cuatro milímetros (dos pulgadas) sin perjuicio del derecho que tiene el vecino de mandar reducir con el desbastador la viga hasta la mitad de la pared, en el caso en que él mismo quisiera asentar vigas en el mismo sitio, ó recargar una chimenea.” Teniendo el propietario el derecho de edificar contra la pared, debe tenerlo también para perforarla á fin de establecer las vigas que sostengan su construcción. En el antiguo derecho, las costumbres variaban acerca del punto de saber si el co-proprietario puede colocar las vigas al través de todo el espesor de la pared. La costumbre de París no le permitía que encajase vigas sino hasta la mitad de la pared; pero esta restricción había caído en desuso; en nuestros días, dice Pothier, se permite asentar las vigas en todo el espesor de la pared, con dos pulgadas menos, á fin de que la viga se recubra con la mampostería. Goupy, el anotador de Desgodets, nos hace saber la razón de este cambio de usos; ya no se edifica tan sólidamente como en otro tiempo, dice él, y las paredes casi no tienen más que diez y ocho pulgadas de espesor; si las vigas estuviesen calificadas nada más que hasta el punto medio, no ofrecerían bastante resistencia. De esto resulta un inconveniente, agrega Goupy: cuando el vecino opera algún cambio en la chimenea, se ve obligado á cortar á golpes de desbastador los cabos de aquellas vigas para poner encima una carga suficiente que

las garantice del fuego. Los autores del código civil han sancionado esa práctica.

553. El que edifica contra la pared medianera no necesita del consentimiento de su vecino. Pero si se trata de practicar ahondamientos en el cuerpo de una pared medianera por otra causa cualquiera, el art. 662 debe recibir su aplicación. Se necesitará que el co-propietario consiga el consentimiento de su vecino, y si éste lo niega, que mande disponer por peritos los medios necesarios para que la nueva obra no sea nociva á los derechos del otro. Pardessus va más lejos; dice que uno de los comunistas no puede hacer una alacena, un nicho, un tubo, un hogar de chimenea en la pared medianera. ¿Qué pasaría, en efecto, si el vecino usare del mismo derecho? No quedaría entre ellos separación ninguna, ó por lo menos la que quedare sería insuficiente. Esta opinión es inadmisibles, porque dice todo lo contrario de lo que está escrito en la ley. El art. 657 da al co-propietario el derecho de practicar ahondamientos en el cuerpo de la pared medianera, sin distinguir cuáles son las obras que él se propone ejecutar. En caso de disentiimiento entre los vecinos, los peritos prescribirán las medidas propias para resguardar los derechos del co-propietario (1). Si el espesor de la pared no permite que en ella se practiquen obras, los peritos harán constar el hecho, y el tribunal prohibirá al co-propietario que ejecute los trabajos. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que como la ley no restringe la facultad de practicar un ahondamiento para un género de construcción especial, esta facultad debe extenderse al establecimiento de una chimenea; la sentencia pone, sin embargo, una reserva que dimana del texto y del

1 Pardessus, t. 1^o, p. 395, núm. 172. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 474, núm. 411. Aubry y Rau, t. 2^o, p. 425 y notas 33-34.

espíritu de la ley, y es que los dos co-proprietarios puedan disfrutar de un derecho igual sin comprometer la solidez de la pared y sin que sean de preeverse riesgos de incendio. La corte agrega que tal es el uso que en la práctica se sigue constantemente. Sé objetaba el art. 657, por cuyos términos uno de los co-proprietarios puede mandar reducir la viga del vecino á la mitad, cuando quiere recargar una chimenea; la sentencia contesta que esta restricción tiene lugar para un caso especial, el de la existencia de una viga; luego no es aplicable cuando no hay viga (1).

554. El art. 662 limita los derechos de los comunistas, tales como están establecidos por los artículos precedentes: luego es de estricta interpretación; cuando se trata de practicar un ahondamiento en el cuerpo de la pared medianera, ni de aplicar ó recargar en ella una obra, el artículo 662 deja de ser aplicable; no hay motivos para solicitar el consentimiento del vecino, ni para recurrir á un dictamen pericial. Si el vecino pone en duda el derecho de su co-proprietario, si provoca un informe pericial, hace gastos frustratorios, y en consecuencia, él debe reportarlos. Se ha fallado, de conformidad con esta interpretación, que no deben aplicarse las disposiciones del art. 662 cuando se trata de objetos mobiliarios, tales como planchas ó bancas de fierro que el vecino levanta ó apoya contra una pared para el servicio de un almacén ó de un taller. La ley no habla más que de *obras*, lo que supone trabajos ejecutados en la pared (2).

c). De la elevación de la pared medianera.

1. Del derecho de elevar la pared.

555. Según los términos del art. 658, "todo co-propie-

1 Dijon, 18 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 103).

2 Metz, 25 de Agosto de 1863 (Daloz, 1864, 2, 111).

tario puede mandar elevar la pared medianera.” La ley no subordina este derecho á ninguna condición, por lo que es absoluto. Pothier ya lo había hecho notar en el antiguo derecho. La costumbre de París era más explícita que el código civil: permitía á un vecino que élevase la pared medianera “á la altura que quisiese,” sin el consentimiento de su vecino (art. 195). El art. 658, lo mismo que la costumbre, no restringe la facultad de elevar al caso en que el vecino quiere edificar. El puede, sin edificar, elevar la pared común; Pothier agrega: aun cuando el vecino sufriere con dicha elevación por la obscuridad que causare en su casa. Yo puedo, dice Pothier, tener otro justo motivo para elevar la pared: tal como impedir las vistas que un vecino tuviese hacia un edificio. Pothier admite, sin embargo, una restricción, fundada en la equidad. Si la elevación de la pared y la obscuridad que origina á la casa contigua fueren tan grandes que volviesen la casa inhabitable, sobre todo si hubiere motivo para creer que el vecino eleva la pared con el intento de hacer daño, podría haber lugar á reducir la elevación. La jurisprudencia era de este sentir. Pothier, no obstante, no quiere que se lleve la equidad demasiado lejos. Una sentencia había fallado á favor de las hijas del “Ave María” contra su vecino, quién por la mucha elevación que daba á la construcción que emprendía sobre la pared medianera, quitaba el aire á aquellas religiosas; esta sentencia, dice Pothier, fundada como está en una razón de favor que merecían unas mujeres encerradas, que no pueden disfrutar del aire más que en su monasterio, no debe tomarse como de trascendencia.

El código civil reproduce la disposición absoluta de la costumbre de París, sin moderarla por las restricciones que la equidad había introducido en la antigua jurisprudencia. ¿Quiere decir esto que el vecino puede elevar, aun cuando

lo hiciese sin utilidad para él, y perjudicando á su co-proprietario? Los autores modernos se pronuncian á favor de la interpretación rigurosa de la ley; una sola reserva admiten y es cuando se practique la elevación con el objeto de hacer daño; y aplican á este caso la máxima de los jurisconsultos romanos, que impone al juez el deber de no favorecer la maldad de los hombres. La corte de casación ha ido más lejos. Estaba comprobado por el juicio en primera instancia, confirmado en apelación, que el co-proprietario de una pared medianera la había elevado sin utilidad actual para él mismo y con el único fin de causar un perjuicio á su vecino. Esta sentencia fué casada. La corte parte del principio, admitido generalmente, que la facultad de elevar es un derecho absoluto, que no está sometido á ninguna restricción. De él concluye que cada vecino puede usar de ese derecho, con tal que no atente de ninguna manera á los derechos que tiene su co-proprietario en la medianería. Este no puede quejarse del perjuicio que la elevación puede acarrearle en sus demás bienes. En vano se pretendería que la elevación sin utilidad actual para el constructor, no tiene más objeto que causarle un perjuicio; la corte contesta que el que usa de un derecho que la ley le otorga es el único juez de su propio interés (1).

El sentido moral protesta contra semejante decisión: si la ley la ordenase, habría que obedecer, no sin lamentar que el legislador no hubiese puesto sus prescripciones en armonía con la equidad. ¿Pero realmente es cierto que ese sea el sistema del código civil? Se ha reproducido la antigua jurisprudencia que en cierta medida tomaba en cuenta la equidad; ¿y no es ya una razón ésta para interpretar el art. 658 en el sentido que se prestaba á la costumbre de París? Hay más, los autores del código se han

1 Sentencia de casación, de 11 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864 1, 219):

separado de la redacción de la costumbre. Esta decía: "Permitese á un vecino que eleve la pared medianera, tan *alto como quiera*." El art. 658 no reproduce estos términos de la costumbre, como si hubiera querido dejar la puerta abierta á una interpretación más equitativa. ¿No es, por otra parte, un principio que el dolo constituye siempre excepción? Este es el grito de la conciencia, que en ningún pasaje lo formulan nuestros textos, pero que la jurisprudencia y la doctrina consagran. ¡Qué no vengan, pues, á decirnos que cada cual es juez de su propio interés! El interés no da el derecho de hacer el mal por el gusto de hacerlo. Eso no es usar de un derecho, sino abusar, y contra tal abuso invocaremos la máxima romana: *Malitus hominum non est indulgendum*.

Creemos nosotros que la antigua jurisprudencia está más de acuerdo con los verdaderos principios que la doctrina rigurosa de la corte de casación. La corte aplica á la co-propiedad los mismos principios que rigen la propiedad exclusiva. En esto hay un error, á nuestro juicio. Que el propietario exclusivo pueda usar de sus derechos, aún haciendo daño á su vecino, con tal que no lesione un derecho que le corresponde, esto está fuera de toda discusión, ¿Pero pasa lo mismo con la co-propiedad? No lo creemos así. La co-propiedad impone á los comunistas restricciones y miramientos que la propiedad exclusiva ignora. El comunista extralimita su derecho desde el momento en que causa un perjuicio á su co-propietario, sin que á él le resulte ventaja alguna, porque la comunidad no se ha establecido para que uno de los comunistas dañe al otro, sino para provecho común. Cuando sus derechos y sus intereses se hallen en conflicto, el juez debe intervenir para conciliarlos; nó debe ser que los intereses de uno de ellos se sacrifiquen á un derecho absoluto del otro. En materia de co-propiedad no hay derecho absoluto. El código con-

sagra estos principios, dando á los jueces un poder de conciliación cuando surgen diferencias entre los ribereños de una corriente de agua no navegable, los cuales tienen también una propiedad ó al menos un derecho común de uso. Nosotros creemos que el mismo principio debe aplicarse á toda comunidad, y sobre todo á la indivisión forzada; si ésta da á un vecino el derecho de dañar gratuitamente á su co-proprietario, éste á toda hora estará á merced de un hombre perverso, ó se verá obligado á abandonar su co-propiedad; y el mismo abandono será imposible, si como casi siempre sucede, la pared sostiene construcciones contiguas. Tal estado será el de una guerra permanente, y en esta guerra la victoria es siempre del más perverso.

556. La corte de casación reconoce, en la sentencia que acabamos de criticar, que el derecho de elevar está limitado por la existencia de una servidumbre que adquiere el vecino, y cuyo ejercicio fuese incompatible con la elevación. Esto no tiene duda. Aquél cuyo fundo está gravado con servidumbre nada puede hacer que dañe al propietario del predio dominante; mucho menos puede estorbarla ó destruirla. Que sea una servidumbre de vista ó inominada poco importa. La única dificultad que se presenta, y es bien grande, es la de saber si las servidumbres de vista y de luces pueden adquirirse por una prescripción trentenaria. Esto lo examinaremos más adelante.

II. Obligaciones del que practica la elevación de la pared.

557. El art. 658 dice que el que practica la elevación de la pared medianera “debe pagar él sólo el gasto de la operación, las reparaciones de conservación más allá de la altura del cerramiento común, y además la indemnización de la carga en razón de la elevación de la pared, y según el valor de ésta.” Se comprende que el vecino debe

siempre una indemnización á causa de la carga que resulte de la elevación, porque tal fardo, sea cual fuere la solidez de la pared, acelerará su destrucción, y requerirá reparaciones más frecuentes. Atentando la elevación de paredes á los derechos del vecino, débesele indemnización por el perjuicio que experimente; á menos que el que construye impida el perjuicio por trabajos confortativos que den una mayor solidez á la pared (1). ¿Cuál será el monto de dicha indemnización? El art. 658 dice que se calcula según el valor de la elevación. Para comprender el alcance de esta disposición, debemos ponerla en parangón con el artículo de la costumbre de París del cual está tomada. Según la costumbre (art. 197), la indemnización era de "seis toesas por una," es decir fija, de suerte que el vecino debía pagar siempre á su co-propietario la sexta parte del costo de la elevación. ¿En este sentido es cómo debe interpretarse la palabra *valor* del art. 658? Durante así lo cree, pero no tiene en cuenta las cuentas que ya se hacían, en el antiguo derecho, á la costumbre de París.

Desgodets decía que una pared construida con materiales ligeros no costaba tanto como otra formada con materiales más pesados. De lo que infería que era preciso normar el monto de la indemnización por el peso de la carga. Por su parte, Goupy objetaba que la sexta parte de la elevación podría equivaler á todo el valor de la pared inferior y aun excederlo. El proyecto del código se atenia al uso, lo que era equivalente á mantener la costumbre de París; la sección de legislación reemplazó la palabra *uso* por la expresión *valor*; y como el art. 658 no reproduce la disposición que fijaba la indemnización en la sexta parte de dicho valor, hay que decidir que los tribu-

1 Pardessus, t. 1^o, p. 401, núm. 174. Aubry y Rau, t. 2^o, p. 936, nota 39.

nales tendrán el derecho de apreciar el valor, teniendo en cuenta la carga; la indemnización proporcional es un principio mucho más justo que la indemnización invariable (1).

558. Según los términos del art. 659, “si la pared medianera no se halla en estado de soportar la elevación, el que quiera emprenderla debe mandar reconstruir la pared por completo y á sus expensas, y el excedente de espesor ponerlo de su lado.” En este caso deja de haber indemnización en razón de la carga, supuesto que la pared se reconstruye y fortifica á expensas del vecino que quiere elevarla. Como la reconstrucción se practica por interés exclusivo del que eleva la pared, justo es que el solo reporte los gastos. Si la pared necesitare reparación ó reconstrucción, aun cuando no se tratase de elevarla, el vecino debería contribuir á los gastos que requiriese la construcción de una pared, pero únicamente dentro de los límites del interés que es común á los dos co-propietarios; el exceso de gasto que ocasione la elevación debe erogarlo aquél por cuyo interés se practica, y si se necesita un terreno más extenso, él es el que debe procurarlo.

Existe una decisión de la corte de París en sentido contrario. La sentencia hace constar que la pared, aunque defectuosa, era suficiente para soportar las antiguas construcciones, y que la reconstrucción se había llevado á cabo por el solo interés del propietario que había elevado la pared. No obstante, la corte cargó al co-propietario un tercio de los gastos de demolición y reconstrucción, porque las nuevas paredes eran en mucho superiores á las antiguas (2). Según el texto, y según el espíritu de la ley,

1 Desgodets y Goupy, “sobre la costumbre de París,” art. 197, número 3. Durantou, t. 5^o, p. 368, núm. 330. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2^o, p. 196, núm. 290.

2 París, 5 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 66). Compárese la nota del compilador.

los gastos habrían debido erogarse en su totalidad por el comunista que elevaba la pared por su propio interés: éste es el caso previsto por el art. 659. Verdad es que la nueva pared era más sólida que la antigua, y por lo tanto, más ventajosa para el vecino; pero por el momento éste no sacaba de ella provecho ninguno: ¿con qué título debía él contribuir á los gastos? Únicamente desde el instante en que se haga necesaria la reconstrucción de la antigua pared será cuando le sea provechosa la nueva; así, pues, sólo desde tal instante será cuando deba contribuir á los gastos por supuesto que dentro de los límites de su interés.

559. El derecho de elevar la pared no está subordinado á la condición de obtener el consentimiento del co-proprietario, y en caso de negarse éste, recurrir á un informe pericial. Si la elevación de la pared requiere reconstrucción, á falta de texto, exige que los vecinos se pongan de acuerdo; porque debe constar la necesidad de la reconstrucción: si, en razón de la elevación, la nueva pared debe ser más gruesa; por último, si á causa del mal estado de la antigua pared, el vecino debe contribuir, dentro de los límites de su interés, á los gastos que requiera la nueva construcción. Así, pues, hay un conflicto de intereses para cuyo arreglo es importante que las dos partes interesadas concurren. Si uno de los vecinos aumentase la altura de la pared, siendo que hubiera debido reconstruirla, comete una falta, y en consecuencia, será responsable de todo el daño que pueda resultar. Igualmente cometerá una falta si los peritos indicaron los trabajos confortativos que se necesitaban y él no los puso en ejecución. En esta última hipótesis, puede ser sentenciado á destruir la obra de elevación, porque vale más prevenir el daño y las desgracias que pudieran resultar de un accidente, que esperar la ruina de las construcciones (1).

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 426 y nota 40.

560. Esta responsabilidad se deriva del cuasi-delito ó del hecho nocivo, lo que supone una falta por parte del que eleva ó reconstruye la pared. La corte de casación ha fallado que si los dos vecinos tienen cada uno errores que reprocharse, no hay lugar á responsabilidad (1). En el caso al debate, estaba comprobado por los hechos que los trabajos necesarios para prevenir todo daño, á causa de la elevación de la pared medianera, habrían debido hacerse de común acuerdo y á expensas comunes por los co-proprietarios de la pared, porque su interés común así lo exigía; la sentencia agrega que no habiendo hecho nada las dos partes con tal objeto, los deterioros sobrevenidos no podían imputarse más que á su propia négligencia. Se necesita, no obstante, que el vecino que hace la elevación la notifique judicialmente al otro. Ahora bien, la sentencia acierta como principio que la elevación puede hacerse sin el consentimiento del co-proprietario, y no dice que el vecino, que no había sido citado para consentir, hubiese sido intimado á concurrir á los trabajos que requería el interés común de los co-proprietarios. Nosotros creemos que, en esta hipótesis, habría cabido una próroga cualquiera, á fin de establecer la necesidad de los trabajos y el interés común de los co-proprietarios en ejecutarlos.

La corte de Burdeos ha consagrado el principio que estamos reprochando que no haya formulado la corte de casación; el que eleva la pared ó la reconstruye es el que debe tomar la iniciativa de todo lo que debe hacerse por interés común de los co-proprietarios. En vano se diría que sus vecinos no le indicaron los riesgos que presentaba la elevación de la pared, y que no exigieron su reconstrucción, porque á él le incumbía, dice la corte, asegurarse si la pared se hallaba en estado de soportar la carga

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 336).

que debía resultar de los trabajos que él emprendía. En cuanto á los vecinos, desde el momento en que no se les llama á que concurren á los trabajos, ninguna razón tienen para proceder (1).

561. ¿El que eleva ó reconstruye la pared medianera deben indemnizar al vecino del perjuicio que le causa los trabajos? Esta es una cuestión muy dudosa acerca de la cual no es imposible participar de la opinión general. Todos están de acuerdo en dos puntos. Cuando los dos vecinos concurren á la elevación ó á la reconstrucción, ninguno tiene recurso contra el otro; y teniendo un interés igual en los trabajos, cada uno debe también soportar las consecuencias, los inconvenientes y las pérdidas que ocasionen; y cómo concurren á los trabajos, cada uno puede tomar las medidas necesarias para impedir el daño ó para minorarlo. Y si la reconstrucción urge por culpa de los co-propietarios, él debe naturalmente reparar el daño que cause por su cuasi-delito; esto no es más que el derecho común. ¿Pero qué debe resolverse si uno de los co-propietarios reconstruye la pared por su solo interés? El código no pone á cargo del que eleva la pared más que los gastos de la operación y la indemnización por la carga que de ella resulta; y cuando reconstruye, debe hacerlo á su costo (arts. 658 y 659). Sobre todo, en este último caso es cuando se presenta la cuestión de perjuicio. Es claro que el perjuicio no puede comprenderse en la palabra *gastos*. La ley no prevee, pues, el caso de daño que puede causar los trabajos. Esto equivale á decir que la cuestión debe resolverse conforme á los principios generales. ¿Pero cuáles son estos principios?

Ya en el antiguo derecho era controvertida la cuestión. Pothier enseña que el vecino que reconstruye no debe soportar más que los gastos, y entre éstos comprende los

1 Burdeos, 21 de Abril de 1864 (Daloz, 1865, 2, 39).

que hay que erogar para apuntalar las construcciones del vacino. El código no concede ninguna indemnización por el perjuicio que el vecino puede sufrir en su industria ó su comercio. Pothier se funda en el viejo proverbio de que no es agraviar á nadie usar de su derecho; ahora bien, el que reconstruye tenía el derecho para hacerlo; luego no debe reparar el daño que cause. Tal era también el parecer de Desgodets; Goupy, su anotador, lo censura y se resuelve en favor del vecino. Es, por ejemplo, un dueño de juego de pelota, que apoyaba contra la pared común su establecimiento; se vé privado de los aprovechamientos de su juego durante el tiempo necesario para la demolición y la reconstrucción de la pared; ¿se le debe indemnización? Sí, según Goupy; nó, según Desgodets y Pothier (1).

Los autores modernos siguen generalmente la doctrina de Pothier, salvo algunos disentimientos. La restringen, sin embargo, en favor del vecino que padece perjuicio en la cosa medianera misma; así es que le conceden una indemnización para los árboles, enverjados, emparados, que el vecino hubiere recargado á la pared, y que se destruyen á causa de la reconstrucción, y hay autores que quieren que también se indenice al vecino por las pinturas que hubiese fijado en la pared medianera, y que la reconstrucción de la pared obligará igualmente á destruir. Pero sobre poco más ó menos están de acuerdo en negar toda indemnización por el daño que el vecino experimenta en sus demás bienes. El principio sería, pues, éste: el co-propietario no debe reparar el daño que ocasiona usando de su derecho de elevar y de reconstruir, á menos que lesione el derecho de medianería del vecino (2). Esto no

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 215; Goupy sobre Desgodets, artículo 196, "de la costumbre de París," núm. 5.

2 Demolombe, t. 11, p. 465, núm. 406. Aubry y Rau, t. 2º, p. 427 y notas 41-43. Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, p. 777. París, 19 de Julio de 1818 (Dalloz, 1818, 2, 168).

es más que aplicar á la comunidad el principio que rige la propiedad exclusiva. Nosotros hemos combatido ya la asimilación de dos derechos tan distintos. A nuestro juicio, el co-proprietario no puede hacer lo que hace el propietario exclusivo; se excede de los límites de su derecho, desde el momento en que, sin necesidad, causa un perjuicio á su vecino (núm. 555). Vamos á recorrer los casos que se han presentado ante los tribunales; por ellos se verá á qué consecuencias arrastra la opinión general.

562. El perjuicio más común que experimenta el vecino es la privación de goce durante el tiempo necesario para las reparaciones y reconstrucciones. Si el vecino ha alquilado toda ó parte de su casa, debe indemnizar al inquilino cuando la privación de goce dura más de cuarenta días (art. 1724); pero él no tiene derecho á ninguna indemnización. La razón está en que el arrendador se obliga á hacer disfrutar al tomador, y si no cumple esta obligación debe indemnizarlo. Mientras que el vecino que abre la pared ó la reconstruye no está ligado por ninguna obligación, usa de su derecho, y el que usa de su derecho no hace mal á nadie. Sólo sería responsable cuando hubiese culpa por su parte, es decir, si los trabajos hubiesen durado demasiado tiempo por su negligencia. Hay autores que han retrocedido ante tal consecuencia (1); pero debe aceptársela, desde el instante en que se acepta el principio de donde dimana. Lo que nosotros atacamos es el principio. En la doctrina tradicional se dice que el derecho de elevar la pared, y por consiguiente, de reconstruir, es absoluto, es decir, que el vecino puede hacerlo, aún cuando no tenga ningún interés. ¡Así es que, sin ninguna utilidad para él, causa un daño á su co-proprietario! Nosotros preguntamos si tales son las relaciones que nacen

1. Toullier, t. 2º, p. 88, núm. 211. Pardessus, t. 1º, p. 400, número 174.

de la comunidad. La pared está destinada á sostener mi construcción; la derriban, sin razón ninguna me privan del uso para el cual habia yo adquirido la medianería; yo me veo obligado á pagar una indemnización á mis inquilinos, y ningún recurso tengo contra mi co-proprietario que me causa un daño por el gusto de causármelo, porque hasta este punto llega la corte de casación. ¿Es una verdad que en esto el derecho debe predominar sobre la equidad? Nosotros ponemos en duda tal derecho. Mi derecho propio es servirme de la pared medianera, y se me priva de tal derecho demoliéndola. Cuando hay comunidad, no se puede hacer tal cosa sino por interés común; si se hace por interés exclusivo de mi vecino, y si ésto me causa un daño, debe indemnizarme porque lesiona mi derecho de co-propiedad. El código no lo dice, pero no importa. Tampoco dice que el propietario puede usar de un derecho lesionando el derecho de otro. Esto es de derecho común, y el derecho común debe aplicarse constantemente. Pues bien, la restricción que recibe la propiedad es todavía más estrecha cuando se trata de la co-propiedad; el co-proprietario no puede usar de su derecho de modo que perjudique á su co-proprietario; desde el momento en que lo perjudica está obligado á indemnización.

Existe, no obstante, un temperamento de equidad, porque ésta debe conciliar los intereses opuestos de los co-proprietarios. Estos deben padecer ligeras incomodidades, pasajeros embarazos, porque tales achaques son inseparables de la comunidad. Como lo expresa la corte de París, las incomodidades que resultan de las construcciones entre vecinos se deben á la necesidad, á menos que el que construye prolongue los trabajos más del tiempo necesario. Pero si por la elevación de la pared medianera, el vecino hace repeler el humo á la casa de su co-proprietario ¿no se debe indemnización? La corte de París ha re-

suelto que era de toda justicia que el que eleva por propio interés la pared medianera, elevase la chimenea de su vecino á expensas de aquél (1). Esto no es más que la aplicación de nuestra doctrina, pero no ha prevalecido en la jurisprudencia. Se ha fallado que el que eleva la pared medianera para construir no está obligado á mandar elevar las chimeneas del vecino que se recargan en aquélla, y las que, por motivo de la construcción, se hallan situadas abajo. El único motivo que da la sentencia, es que el que ha elevado la pared ha usado de su derecho, que lo ha hecho por su interés y sin intención de dañar á su vecino (2). La corte de Burdeos ha ido más lejos: ha obligado al vecino á que eleve su chimenea en interés del que había elevado la pared (3). En el caso de que se trataba, la casa más baja estaba ocupada por un panadero. Se había decidido que el panadero debía, en caso de elevación de la pared medianera por su vecino, dar al tubo de su chimenea la altura prescrita por los reglamentos, por más que antes de la elevación el tubo estuviese conforme con los reglamentos. Así es como se restringe el derecho de propiedad del vecino que en general padece ya con la elevación de la pared, por interés del que la ha elevado, por más que haya procedido únicamente por personal ventaja. Si se tratara del derecho absoluto de propiedad, á penas comprenderíamos la decisión. Entre comunistas no comprendemos que los intereses y los derechos del vecino se sacrifiquen á aquél que, sea por su propio provecho, sea por su antojo, quiere elevar la pared.

II. Consecuencias de la elevación de la pared.

563. El que ha elevado la pared se torna propietario exclusivo de la parte que elevó; esto resulta del art. 660, por:

1 París, 4 de Mayo de 1813 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 331, 1°).

2 Burdeos, 18 de Mayo de 1849 (Daloz, 1850, 2, 86).

3 Burdeos, 30 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, 2, 44).

cuyos términos el vecino que no ha contribuido á la elevación de la pared puede “adquirir su medianería.” Luego antes que la adquiriera, la parte elevada no era medianera, sino que era propiedad exclusiva del que la hizo á su costa. Cierto es que la parte levantada descansa en una pared medianera y en un terreno común; pero el código consagra esta anomalía, puesto que admite que los diversos pisos de una casa pueden pertenecer á diversos propietarios (art. 664). Siguese de aquí, que el vecino que ha elevado la pared puede ejercitar todos los derechos que emanan de la propiedad. Notablemente puede practicar en la parte levantada luces con bastidores fijos y con enrejados de hierro (arts. 676 y 677). La corte de Douai ha fallado en sentido contrario, pero su sentencia se halla en oposición formal con el texto de la ley. En ésta se dice que la parte no medianera que descansa sobre una pared medianera y sobre un terreno común, de lo que resulta que la parte de la pared que es propiedad exclusiva de uno de ellos no se junta inmediatamente con la heredad del otro (1). Se ha contestado que ésto es demasiado sutil; á decir la verdad, esto es un error, porque estando considerada la parte no medianera como una propiedad distinta, se expresa la verdad diciendo que toca inmediatamente á la heredad vecina. Otra consecuencia del derecho exclusivo de propiedad que pertenece al vecino que ha levantado la pared, está consagrada por el art. 658, y es: “que él solo debe pagar las reparaciones de conservación por encima de la altura del cerramiento común.”

564. El art. 660 establece que: “el vecino que no ha contribuido á la elevación de la pared, puede adquirir su

1 Douai, 17 de Febrero de 1810 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 546. En sentido contrario, Duranton, t. 5º, p. 374, núm. 333, y todos los autores (Aubry y Rau, t. 2º, p. 427 y nota 44).

medianería pagando la mitad del “gasto” que ha costado, y la mitad del valor del suelo proporcionado para el excedente de espesor, si es que lo hay.” Esta disposición es una consecuencia del principio asentado por el art. 661, en virtud del cual todo propietario que se pone en contacto con una pared tiene la facultad de volverla medianera. Pero hay una diferencia de redacción entre los dos artículos. Cuando el vecino es el que adquiere la medianería de la parte levantada de una pared medianera, debe pagar la mitad del *gasto*; cuando un propietario es el que vuelve medianera una pared que pertenece á su vecino paga la mitad del *valor*. Puede ser considerable la diferencia entre el *valor* y el *gasto*. ¿Por qué establece la ley condiciones diferentes para el ejercicio de un sólo y mismo derecho, la adquisición de la medianería? En general, cuando se compra una cosa, se paga lo que ella vale, y no lo que ha costado; así, pues, el art. 661 no hace más que aplicar el derecho común; mientras que el art. 660 lo deroga, sin duda, para impedir que el vecino especule á expensas del que levanta la altura de la pared, dejándole obrar, salvo el comprar después la medianería pagando la mitad del valor, el cual muy á menudo es muy inferior al *gasto*. Pero ¿qué debe resolverse si la adquisición se hace en una época remota de aquélla en que se levantó la pared? Deja de haber sospecha de especulación, y por otra parte, habiendo disminuido la pared en valor ¿no sería injusto mantener la decisión del art. 660, cuando ya no existen los motivos que la hicieron pronunciar? Esta es la opinión general (1). A nuestro juicio, hay duda. El legislador no nos ha dado á conoce las razones que dictaron la disposición del art. 660; por lo que es muy problemático res-

1 Durantou, t. 5°, p. 377, núm. 334. Ducaurroy, Bonnier y Rous-tain, t. 2°, p. 193, núm. 292. Demolombe, t. 11, p. 418, núm. 375. Demante, t. 2°, p. 607, núm. 515 bis, 1.

tringir su aplicación por los motivos que se les supone á los autores del código. Nos parece más seguro y más jurídico ajustarse al texto.

565. Si el vecino que quiere dar mayor altura á la pared medianera se ve obligado á reconstruirla por completo á sus expensas, no por esto la nueva pared deja de volverse medianera, esto resulta del texto mismo del artículo 659: *la pared medianera es la que se reconstruye; la nueva, reemplaza á la antigua*. La única diferencia entre este caso y aquél en que los dos vecinos la reconstruyen, es que, en este último caso, los gastos son comunes. Si la nueva pared es medianera ¿no debe inferirse que lo es en su totalidad, y que el vecino, que no ha contribuido á los gastos de construcción, tiene los mismos derechos que el que la ha levantado? Hay cierta incertidumbre acerca de esta cuestión en la doctrina. Un punto sí es claro; que si se destruyera la pared, y se dividiera el suelo, la parte del terreno que se proporcionó para la reconstrucción pertenecería exclusivamente al vecino que ha debido tomarla en su fundo; es decir, que ha conservado la propiedad de ella. Lo mismo debe decirse de la parte correspondiente de los materiales, porque subsiste el mismo motivo para decidir; el propietario es el que los ha pagado, y debe pagarlos tan frecuentemente como haya motivo para reconstruir la pared. ¿No debe irse más lejos, y decir que como el vecino se aprovecha de la mayor solidez de la pared, deberá al que hizo el gasto una indemnización proporcionada á la ventaja que obtiene? En la doctrina que nosotros hemos enseñado, casi no es dudosa la afirmativa; si él puede reclamar una indemnización por el perjuicio que sufre á causa de la reconstrucción, justo es que pague una indemnización por la ventaja que obtiene. En la opinión general, al contrario, sería duro, y digámoslo de una vez, injusto, que el vecino que debe sufrir la reconstrucción,

sin poder reclamar una indemnización por el daño que padece, se viese obligado á pagar una ventaja que está lejos de compensar sus pérdidas.

a). *Límite de los derechos que resultan de la medianería.*

566. La medianería es una co-propiedad. Ahora bien, el co-propietario por el hecho mismo de no ser propietario exclusivo, no tiene un poder absoluto como éste. ¿Cuál es el límite preciso de los derechos que él puede ejercer en la cosa común? Mucho importaría tener un principio cierto en este particular, porque prevendría las dificultades que nosotros hemos encontrado. Desgraciadamente la ley permanece muda, y los mejores autores se hallan en desacuerdo, sin que siquiera se tomen el trabajo de discutir la cuestión. Pothier asienta el principio en los siguientes términos: “Debemos usar de la cosa común como buenos padres de familia, y sin causar “perjuicio” á aquél con quien ella no es común.” Este, á nuestro juicio, es el verdadero principio, y de él hemos hecho más de una aplicación, núms. 355, 361. Pothier no ha permanecido fiel á este principio, supuesto que permite que el propietario de la pared medianera la levante, sea cual fuere el perjuicio que cause al vecino, y sin que esté obligado á indemnizarlo. El sigue, sin darse cuenta de ello, un principio diferente, que Zachariæ formula en estos términos: “Por extensos que sean los derechos que la medianería confiere, uno de los vecinos no puede, sin embargo, permitirse innovaciones que fueren de tal naturaleza que atacaran el “derecho” igual y recíproco del otro (1). “Este principio es mucho más amplio que el de Pothier. Conforme á este último, el comunista excede su derecho des-

1 Pothier, “De la sociedad,” núm. 208. Aubry y Rau, t. 2º, página 428.

de el momento en que causa un "perjuicio" á su vecino. Según el primero, él está en su derecho cuando no lesiona el "derecho" de su vecino, aun cuando le causare algún perjuicio. Esto, en último análisis, es el principio que rige la propiedad exclusiva, porque el propietario debe también respetar los "derechos" de sus vecinos. ¿No es ésta una prueba de que el principio de Zachariæ es demasiado lato? Es imposible que el comunista tenga un poder tan extenso como el propietario. El limite de su poder es más estrecho de lo que comunmente se dice; su derecho se detiene en el punto en que hay perjuicios para el co-propietario.

567. El código no prevee más que una consecuencia del principio, acerca de la cual no podría haber ninguna duda, en ningún sistema. Conforme á los términos del artículo 675, uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, practicar en la pared medianera ninguna ventana ó abertura, de cualquiera manera que sea, aun con vidrieras inmóviles. Pothier da una razón perentoria. "La pared medianera, dice él, estando hecha para encerrarse y para recargar en ella lo que se juzgue oportuno, síguese de aquí que uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, servirse de ella para otros usos; por esto es que él no puede hacer agujeros ó ventanas en la heredad del vecino." Sin embargo, es tal la incertidumbre que reina en esta materia, que en el consejo de Estado Tronchet criticó la disposición del art. 675; él la aprobaba cuando el vecino había construido contra la pared medianera, porque entonces hay que impedir que uno de los co-propietarios tenga vistas hacia la habitación del otro; pero si no había ninguna construcción, á él le parecía que la restricción á las luces dejaba de tener razón de ser. Treilhard le contestó que la pared medianera es una propiedad común, de donde se sigue que ninguno de los ve-

cinos puede disponer de ella sin el consentimiento del otro (1). Ciertamente que nó; el comunista no puede disponer de la cosa común, no tiene derecho á abusar; pero construir ventanas, no es abusar, sino usar. ¿Por qué, pues, el propietario de la pared medianera no tiene derecho? No hay más razón que la que da Pothier, y es que no es ese el destino de una pared que debe servir de separación y de apoyo.

568. La aplicación del art. 675 ha dado márgen á frecuentes debates cuando una de las heredades separadas por una pared medianera es expropiada por causa de utilidad pública: ¿el propietario del edificio que subsiste puede, en este caso, abrir luces ó vistas en la pared? Claro es que la expropiación no da á aquél de los vecinos que conserven su casa un derecho exclusivo en la pared: él era comunista, y sigue siéndolo. Pero ¿qué viene á ser el derecho del otro vecino? Si él es expropiado de un terreno abierto en contacto con la pared, él conserva la co-propiedad de la pared; pero esta pared ya no es pared medianera, supuesto que ya no separa dos heredades; es una cosa común; luego deben aplicarse los principios que rigen la comunidad. Según estos principios, uno de los comunistas puede hacer uso de la cosa común, con tal que no cause perjuicio á los derechos y al goce de su co-propietario; ahora bien, el que, en el caso de que se trata, practica una abertura en la pared común, ciertamente que no causa un perjuicio al vecino expropiado, que lesiona sus derechos, porque éstos se reducen á dividir el suelo y los materiales cuando se echa abajo la pared (2). Si la heredad expropiada fuese un edificio, en este caso la pared medianera ha sido

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 218. Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 29 (Loché, t. 4º, p. 169).

2 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).

adquirida por la calidad que es lo que hace la expropiación; luego ella sucede en el derecho del vendedor, y por lo tanto, la pared sigue siendo medianera entre uno de los vecinos y la ciudad. Por todo el tiempo que el edificio expropiado no se demuele ni se incorpora á la vía pública, la medianería subsiste con todos sus efectos. ¿Pero qué ha de resolverse si el edificio se demuele é incorpora á la vía pública? Aun en este caso, creemos que la medianería subsiste; no hay razón jurídica que la haga cesar, supuesto que de todos modos hay dos predios, por más que uno de ellos forme parte del dominio público. Sigúese de aquí que la ciudad podría prevalerse del art. 675, si tuviese interés en ello. Lo más de las veces ella no tiene ningún interés, por lo que puede renunciar al derecho que le da la medianería, é implícitamente renuncia al autorizar los trabajos. Pero ella puede también no autorizar los trabajos sino mediante indemnización, porque sigue siendo co-propietario de la pared en tanto que no cede su derecho ó que el vecino prescriba la propiedad.

Núm. 3. De las zanjas medianeras.

I. Casos en qué las zanjas son medianeras.

569. “Se presumen medianeras todas las zanjas abiertas entre dos heredades” (art. 666). Esta presunción se funda, como la de la medianería de las paredes, en el interés común de los dos vecinos cuyas heredades están separadas por una zanja. La zanja puede estar destinada á facilitar el derrame del agua. ó para servir de cercado, ó para limitar las propiedades contiguas; en todos los casos, los dos vecinos tienen un interés igual en la zanja, luego es probable que la hayan abierto á gastos comunes. Esta probabilidad y la presunción que se deriva conservan su fuerza, están ó no circuidas las dos heredades. Así es

que la ley no distingue, como lo hizo respecto á la pared de cerramiento que se halla en un campo (art. 653) y respecto á los restos que reparan dos fundos; la pared y los setos no se presumen medianeros sino entre cercados, mientras que la zanja se tiene por medianera, aun cuando una de las heredades estuviese cerrada por todos lados por zanjas y la otra no tuviera zanjas en tres de sus lados. Esta diferencia se explica por la razón misma en que se funda la presunción en materia de zanjas, éstas aprovechan siempre á los dos ribereños aun cuando no sea más que para que corra el agua; luego existe siempre un interés común, lo que basta para justificar la presunción de medianería. Hay una sentencia contraria de la corte de Limoges (1). Un bosque, este era el caso, se hallaba rodeado de zanjas, mientras que el fundo contiguo era una tierra de labranza no cerrada; la corte resolvió que todas las probabilidades estaban á favor del propietario del bosque, interesado en cerrarse para preservar los árboles de los deterioros que los animales podrían originar, mientras que el otro vecino no tenía ningún interés en circuirse. La corte tenía razón en cuanto al hecho, pero no en cuanto al derecho. Algunas veces faltan las probabilidades en que la ley funda una prevención, no por esto la presunción deja de conservar su fuerza, salvo el que la parte interesada la combata por la prueba contraria.

570. El art. 666 agrega: "Si no hay título ó signo de lo contrario." Esto es la aplicación de un principio general; toda presunción admite la prueba contraria, salvo en los casos exceptuados por el art. 1352. Como las presunciones de propiedad no entran en estas excepciones, permanecen dentro de la regla; luego pueden combatirse. Antes que todo debe verse si existe la presunción. El que la invoca debe probar que se halla en las condiciones requeridas

1 Limoges, 1º de Agosto de 1839 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 581).

por la ley. La condición esencial es que la zanja separe dos heredades; luego si hubiese un linde más allá de la zanja, ya no estaríamos en el caso del art. 666, la zanja sería la propiedad exclusiva de uno de los vecinos, salvo al otro el disputar el linde, sea en lo posesorio, sea en lo petitorio (1).

En cuanto á las faltas de prueba de medianería, el artículo 666 cita dos, el título y el signo de lo contrario. El título puede establecer la propiedad exclusiva de uno de los vecinos; esto es de derecho común. Remitimos á lo que antes se ha dicho respecto á la pared que se presume medianera. El art. 667 dice que hay signo de no-medianería cuando el derecho de tierra se halla únicamente de un lado de la zanja, y el art. 668 deduce de esto que la zanja se considera como exclusivamente perteneciente á aquél de cuyo lado se halla amontonada la tierra. Estos principios están tomados de las costumbres. Pothier establece á este respecto las reglas que el código civil consagra. Loysel formula en estos términos las presunciones de los arts. 667 y 668: "Qui a douve, il a fossé." Se llama *douve* el montón ó desecho de tierra que se hace cuando se cava la zanja ó cuando se limpia. Cuando esté por completo del lado de uno de los vecinos, se presume que la zanja le pertenece. Esto se funda en la razón: suponiendo que la tierra amontonada sea útil, el vecino no toleraría que el otro ribereño la aprovechara solo si era común la zanja: cuando el desecho carece de valor y constituye un estorbo, el vecino interesado pediría que se hiciese en ambos bordes de la zanja si fuese común. Luego la tierra lanzada de un lado establece en toda hipótesis una probabilidad de propiedad exclusiva en favor del vecino á cuyo

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 433, nota 68. Duranton, t. 5º, p. 390, número 349.

lado se arroja la tierra. Para que haya señal de no-medianería se necesita que la tierra se halle por completo hacia un lado de la zanja. Esta es una cuestión de hecho; se ha fallado que no basta que haya de un lado algunas elevaciones de terreno que pudieran atribuirse al acto de lanzar la tierra, para que se admita que ésta ha sido arrojada á uno ú otro borde; en el caso de que se trataba, aquellas elevaciones no eran continuas, y por lo mismo eran accidentales y no podían invocarse para establecer una co-propiedad (1).

La presunción admitida por las costumbres y consagrada por los arts. 667 y 668 tiene esta consecuencia, que cuando la tierra lanzada está por ambos lados, la zanja, á falta de títulos, se tiene por común. En este caso, las señales confirman la presunción de medianería que existe en virtud del art. 666: la tierra lanzada hacia ambos lados, dice Pothier, demuestra que la zanja ha sido hecha por los dos vecinos, en las extremidades de sus heredades. Se deduce también de la misma presunción que si no hay apariencia de tierra arrojada ni de uno ni de otro lado, la zanja se reputa común: la presunción de medianería subsiste, supuesto que no hay signo de lo contrario.

571. El código no establece más que un solo signo de no-medianería. ¿Pueden aceptarse otros? Salvo el disenti-miento de Demolombe, seguido por Dalloz, todos están de acuerdo en enseñar la negativa. A nuestro juicio, no hay duda alguna. El signo de no-medianería del art. 647 es una presunción legal de propiedad exclusiva, según el artículo 668. ¿Pueden extenderse las presunciones legales? Esto equivaldría á crear una presunción legal sin ley, lo que es una herejía jurídica. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el hecho de limpiar la zanja no es-

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 475).

tablece una presunción de propiedad á favor del que la limpia aun cuando emplease en el cultivo de su predio la tierra proveniente de la limpia. Hay en esto una probabilidad de hecho, pero una probabilidad no se vuelve presunción sino cuando el legislador la sanciona (1).

En el antiguo derecho había una presunción en virtud de la cual la zanja en contacto con un vallado pertenecía al propietario de éste. De aquí el refrán: "la zanja pertenece al seto." Como el código civil no mantiene esta presunción, debe decidirse que ya no se puede invocarla, al menos respecto á las zanjas construidas desde la publicación del código. Y al contrario, se reputaría común la zanja, puesto que se está suponiendo que se halla en la línea que separa dos heredades.

572. El art. 666 no menciona la prescripción, y era inútil, supuesto que es de derecho común. Luego es claro que una zanja que se tiene por medianera puede ser adquirida por el vecino por la propiedad toda, si él la ha poseído con los requisitos de la prescripción; del mismo modo una zanja que se presume que no es medianera puede llegar á serlo por la prescripción, porque la co-propiedad puede prescribir tanto como la propiedad exclusiva. Es preciso, como se deja entender, que la posesión reúna los caracteres que la ley exige: debe ser pública, inequívoca á título de propietario (art. 2229). Estos caracteres muy raras veces se encontrarán en la materia, porque los hechos de posesión concernientes á una zanja son raros: unas veces faltará la publicidad, otras podrá sostenerse que son actos de tolerancia. En un caso que se presentó ante la corte de Caen, el actor pretendía haber adquirido por prescripción los lindes y la medianería de la zanja, el demandado tenía en su favor la presunción de la no-medianería resultante de la tierra arrojada, y además la prueba

1 Augers, 6 de Marzo de 1835 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 579).

de propiedad suministrada por los mohones que concordaban con las señales de falta de medianería. La corte rechazó las pretensiones del actor, porque la posesión no era pública y porque era equívoca (1).

¿La posesión de año y día es suficiente para destruir las presunciones de medianería y de no-medianería establecidas por los arts. 666-668? De antemano hemos contestado la pregunta, al tratar de las presunciones que prueban la medianería de la pared; éstas caen ante la prescripción, pero no ante la posesión ánuua. Las razones para decidir son idénticas para las zanjas medianeras. Se ha fallado, conforme á estos principios, que la presunción de año y día no destruye las presunciones establecidas por la ley para deducir de ellas la medianería ó la no-medianería de la zanja (2).

573. Puede haber conflicto entre las presunciones legales y el título. En tal caso, el título predominará. Hemos dicho que así es respecto á las presunciones que la ley establece en materia de paredes medianeras (núm. 537). Existe identidad de motivos en lo concerniente á las zanjas medianeras. Así es que la tierra lanzada se halla solamente de un lado de la zanja; ésta es una presunción de propiedad exclusiva en provecho de aquél de cuyo lado está la tierra; pero hay un título que prueba que la zanja es medianera; la presunción cede ante el título. El vecino que tuviera la tierra arrojada por su lado, no podría combatir el título sino por la prescripción.

II. Derechos y obligaciones que resultan de la medianería.

574. El código civil no habla de los derechos que resultan de la medianería de la zanja. Y es porque casi no hay

1 Caen, 5 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 2, 39).

2 Bourges, 26 de Mayo de 1825.

derechos que ejercitar, y el principio que los rige no es dudoso: hay analogía completa entre la zanja medianera y la pared medianera. Luego hay que aplicar aquí lo que hemos dicho de los derechos que da la medianería de la pared. Las tierras que provienen de la limpia y que sirven de abono se distribuyen entre los dos comunistas, así como los demás productos que pueden sacarse de la zanja, tales como las yerbas y la leña. Si hubiese árboles en la zanja, serían medianeros, porque los árboles son el accesorio del suelo, y siendo éste común, los árboles lo son también. Dos vecinos se disputaron hasta casación un árbol crecido en una zanja. La actora no logró probar que la zanja fuese medianera; como el suelo pertenecía al demandado, debía adjudicársele el árbol (1). Según los términos del art. 673, los árboles que se encuentran en el vallado medianero son medianeros, y cada uno de los propietarios tiene derecho á requerir que se derriben. Lo mismo debe resolverse respecto á los árboles que crecen en una zanja medianera, porque la razón es la misma. El pleito que hemos citado, prueba hasta qué excesos llega la animosidad de los vecinos. Es prudente prevenirlos, permitiendo la división de la cosa común, cuando á ello no se opone ningún motivo de interés público (2). Más adelante veremos si las zanjas mismas pueden dividirse.

575. “La zanja divisoria debe conservarse en buen estado á expensas comunes” (art. 669). Esta obligación es una consecuencia de los principios generales que rigen á la medianería. Se pregunta si por analogía, deben aplicarse á las zanjas lo que el art. 656 dice de las paredes medianeras: ¿puede el co-proprietario dispensarse de contribuir á las cargas abandonando el derecho de medianería? La cues-

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Febrero de 1830 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 626).

2 Demolombe, t. II, p. 520, núm. 460.

ción es debatida. Conforme á los principios generales, ninguna duda habría. El art. 656 no es una disposición particular á las paredes medianeras, sino la aplicación de un principio que rige las cosas comunes y las obligaciones que engendra la comunidad; como no hay ningún vínculo personal, el comunista puede exonerarse abandonando la cosa por la cual se ve obligado. Luego la única dificultad está en saber si el código deroga estos principios en lo concerniente á las zanjás medianeras. Hay una ligera duda. Y es que ya era debatida la cuestión en el antiguo derecho; Goupy, el anotador de Desgodets, se pronunciaba por la negativa, en razón de que los gastos de conservación de una zanja son tan mínimos que casi no se justificaba el abandono. ¿El código, al guardar silencio, acaso no ha sancionado esta opinión? Nosotros no lo creemos. La grande autoridad que sigue el legislador francés, es Pothier; ahora bien, éste establece el derecho de abandono de una manera absoluta; puede abandonarse toda cosa común, dice él; y aplica formalmente la regla á las zanjás tanto como á los setos (1). Esto nos parece decisivo tanto más cuanto que es mala la razón que Goupy aduce. Al copropietario incumbe ver cuál es su interés y proceder en consecuencia; el legislador no se mezcla en asuntos privados, sino que otorga derechos á los particulares y éstos los aprovecharán ó nó según les convenga.

La facultad de abandonar la medianería recibe algunas excepciones. Cuando la zanja sirve de linde, se admite que el copropietario no puede abandonarla. Esto se funda en el art. 646, por cuyos términos todo propietario puede obligar á su vecino al deslinde de sus propiedades conti-

1 Desgodets sobre el art. 13 "de la costumbre de París," número 2, y la nota de Goupy. Pothier, *De la sociedad*, núms. 226 y 229. Demante, t. 2º, p. 617, núm. 523 bis. Demolombe, t. 11, p. 521, números 461 y 462. En sentido contrario, Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 205, núm. 303.

guas (1). La razón nada tiene de decisivo. ¿Qué es lo que impide al vecino, que abandona la medianería del fundo, á que en seguida contribuya á la plantación de lindes? El cumple con el art. 646, á la vez que usa del derecho que le da la comunidad. Los anotadores de Zachariæ admiten la excepción en otro concepto; dicen ellos que el derecho, de abandonar la medianería no puede ser ejercido por aquél de los vecinos al cual sirve la zanja para el derrame de las aguas pluviales ó de usos domésticos. En efecto, el comunista no puede abandonar la cosa común cuando le es necesaria y cuando después de haberla abandonado continúa sirviéndose de ella. El art. 656 aplica este principio á la pared medianera y resuelve que aquél cuya construcción sostiene no puede abandonar la medianería. Hay idénticas razones respecto á la zanja medianera (2).

Hay una segunda excepción fundada en el interés público. Si la zanja sirve de lecho á una agua corriente, entra en la aplicación de la ley de 14 floreal, año XI, que permite á la administración ordenar la limpia: ésta es una carga que pesa sobre los ribereños, y los particulares no pueden librarse de una carga pública. Las autoridades locales tendrían también el derecho de prescribir la limpia de las zanjas por motivos de salubridad; en este caso, también la carga sería de interés general, y por consiguiente, no se admitiría ninguna renuncia ni ninguna derogación (3).

Núm. 4. De los setos medianeros.

I. Casos en que los setos son medianeros.

576. "Se tiene por medianero todo seto que separe á las heredades," art. 670. Sé pregunta si esta disposición se

1 Demolombe, t. 11, p. 522, núm. 461. Esta es la opinión general (Daloz, *Servidumbre*, núm. 586).

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 434 y nota 75.

3 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 2º, p. 434, n. 74.

aplica á los setos muertos. Cuando se atiende uno al texto, no hay duda alguna, los términos son generales y excluyen toda distinción. Pero la cuestión se pone dudosa si se hace á un lado la letra de la ley para penetrar en su mente. Existe un motivo particular que hace que se presuma la medianería de los setos plantados en el límite de dos heredades. El propietario no puede hacer ninguna plantación en la línea que divide las heredades; él debe observar la distancia prescrita por los reglamentos ó usos, y á falta de éstos, no puede plantar un seto vivo sino á la distancia de medio metro. Así, pues, cuando se encuentra un seto plantado en la línea separativa, debe suponerse que se plantó con consentimiento de los dos propietarios, y por consiguiente, que les pertenece en común. No puede decirse otro tanto de los setos muertos; el propietario tiene derecho á plantarlos en el límite extremo de su finca, y apenas si puede decirse que constituyan un cercado; luego no hay razón para presumir que sean medianeros (1). Estos motivos habrían sido de mucho peso si los autores del código los hubieran avanzado. Pero en los trabajos preparatorios nada indica, que la presunción del art. 670 se funde en la disposición del art. 671. Luego hay que ceñirse al texto. La presunción, por otra parte, tiene su razón de ser, aun cuando el seto sea seco, y es el motivo que justifica todas las presunciones de medianería; es decir, el interés común de ambos vecinos. Si no se presume que el seto es medianero, ¿en dónde estará el motivo para decidirse á favor de uno de los vecinos más bien que á favor del otro? (2).

577. Para que haya presunción de medianería se necesita, según el art. 670, que el seto separe dos heredades. Si el seto no se encuentra en la línea separativa de dos

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 205, núm. 304.

2 Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. 2º, p. 434, nota 77). Demolombe, t. 11, p. 531, núm. 409.

predios contiguos, cesa la presunción, y deja de tener razón de ser. ¿Cómo se sabrá si el seto se encuentra en el límite? La cuestión se decide conforme al derecho común. Si hay mohones más allá de los setos, ya no puede decirse que el vallado separe las dos heredades; éstas están separadas por los mohones, y en consecuencia, el vallado ó seto será la propiedad de aquél en cuyo fundo esté plantado (1). Pasaría lo mismo si más allá del vallado hubiese una zanja medianera; ésta serviría de separación, y en consecuencia, el vallado pertenecería al dueño del predio en el cual existe, como su accesorio. Este último punto da lugar á dificultades.

Antes hemos dicho (núm. 571) que el código no reproduce la presunción que varias costumbres admiten, y que había dado lugar al proverbio: que la zanja pertenece al vallado. Así, pues, la cuestión debe resolverse según los principios generales. Cuando la zanja es medianera, no hay duda alguna, como acabamos de expresarlo; y cuando la zanja pertenece á uno de los vecinos, ni siquiera puede haber cuestión. Pero ¿qué es lo que debe resolverse si la propiedad ó la medianería de la zanja se pone en tela de juicio? Este punto es decisivo, en cuanto á la propiedad del seto; luego, antes que todo, debe verse á quién pertenece la zanja. Ordinariamente se invocan probabilidades de las que se hacen presunciones á favor de uno ú otro de los dos vecinos. Esto viene á parar en crear presunciones legales sin ley, lo que es inadmisibile. Así es que uno de los vecinos pretende haber plantado el seto á la distancia impuesta por el art. 671, y que en el terreno que ha debido dejar más allá del vallado, ha abierto una zanja; él reclama, pues, la zanja y el seto como su propiedad exclusiva. A decir verdad, el art. 671 no establece

1 Duranton, t. 5º, p. 403, núm. 367.

ninguna presunción, y ninguna puede deducirse de él porque el intérprete no tiene derecho de crear presunciones. Existe una presunción de medianería respecto á la zanja con la condición que se halle entre dos heredades, que es lo que está uno suponiendo. El que quiere combatir esta presunción debe aducir un título ó establecer la prescripción; puede, además, invocar el signo de falta de medianería consagrado por el art. 668. El resultado del debate sobre la propiedad de la zanja resolverá la cuestión de la propiedad del seto. ¿Sostendrá el otro vecino que el seto es el medianero, y que la zanja le pertenece? El deberá probar que es propietario de la zanja; y si no tiene en su favor el signo de falta de medianería del art. 668, deberá rendir prueba de su pretensión por medio de título ó de prescripción. Si él no logra administrar dicha prueba, la zanja será medianera en virtud del art. 666, lo que tendrá, por consecuencia, la propiedad exclusiva del vallado á favor del otro vecino. En definitiva, el derecho común es lo que decide. Si la cuestión ha dado marged á pareceres tan diferentes, es porque se ha querido recurrir á presunciones sin más base que simples probabilidades. Mucho se simplificarían las cuestiones debatidas, si se hicieran á un lado las pretendidas presunciones que los autores imaginan cada cual según lo pide su causa.

578. La presunción de medianería del seto cesa, según los términos del art. 670, cuando una sola de las heredades se halla en estado de cerramiento. Esto quiere decir que en tal caso el vallado pertenece exclusivamente al propietario de esa heredad, en virtud de una presunción de no-medianería que resulta de la ley. El código sigue respecto á los setos el principio que establece respecto á los cercados en los campos y respecto á la pared que separa dos edificios, es decir, que no admite la presunción de medianería sino cuando las dos heredades están circui-

das, mientras que las zanjas se tienen por medianeras aun cuando los predios no se hallen en estado de cerramiento. ¿Por qué la ley hace del cerramiento una condición sin la cual el vallado no se tiene por medianero? Porque los vallados, lo mismo que las paredes, se destinan, sobre todo, á cerrar las heredades, luego cuando una de éstas está circuida y la otra no lo está, debe suponerse que el seto fué plantado por el que cuidó de cerrar su predio, porque dicho seto completa su cerramiento, mientras que ninguna utilidad tiene para el otro vecino cuyo fundo está abierto. Si ninguno de los fundos estuviese cerrado, la presunción de medianería recobraría su imperio; se supone que en este caso el seto se plantó para deslindar las heredades contiguas (1).

En el antiguo derecho, se tenía en cuenta el mayor ó menor interés que uno de los vecinos tenía en circuir su heredad, para resolver la cuestión de propiedad ó de medianería. Así es que, dice Pothier, si el vallado está entre viñedos ó predios por un lado, y tierras labrantías ó prados por el otro, se presume que pertenece al propietario del viñedo ó del prado, porque no existe apariencia de que el otro vecino, cuyas heredades no necesitaban cercado, haya contribuido á éste no teniendo ningún interés. El código rechaza estas presunciones por el hecho sólo de no reproducirlas. Muy difícil es apreciar el interés que cada vecino puede tener en cercarse; la apreciación de este interés tan diverso y tan cambiante conduciría á decisiones arbitrarias y á menudo erróneas. El legislador ha preferido una presunción general que muy rara vez engaña: cuando hay cerramiento de los dos lados, hay interés común en cercarse: cuando ninguno de los predios está cerrado, hay interés común en demarcar las heredades.

1 Duranton, t. 5º, p. 403, núm. 368. Demolombe, t. 11, p. 531, número 471.

Pasa lo mismo con todos los antiguos usos que establecían presunciones según el cultivo diverso de los predios contiguos. Uno de los fundos es un bosque; era costumbre en ciertas localidades que el seto que se encontraba entre el bosque y la heredad fuese conservado por el propietario de ésta, á expensas del bosque; de aquí una presunción de comunidad aun cuando el bosque no estuviese cercado. Se ha fallado que el art. 670 ha abolido estas costumbres; luego no hay presunción de medianería entre fundos igualmente cerrados ó nó (1).

579. Réstanos saber qué debe entenderse, en el artículo 670, por estas expresiones: "heredades en estado de cerramiento." El código no define el cerramiento, y como se trata de un requisito para la existencia de una presunción legal, no puede añadirse nada á la ley, lo mismo que nada puede suprimirsele, sea lo que fuere. Luego debe resolverse que el cerramiento es una cuestión de hecho, y que la heredad estará cerrada desde el momento en que esté rodeada de paredes y de un vallado, ó de zanjas y de un vallado, ó de vallados por todos sus lados. No es ésta la opinión de Durantón. Como el art. 670 habla de un cerramiento especial consistente en vallados, infiere que por heredades cerradas se entienden fundos rodeados por todas partes de setos vivos; y por lo mismo deduce que si una de las heredades estuviese rodeada de setos vivos por los cuatro lados, mientras que la otra estuviese rodeada por tres lados de zanjas ó de setos muertos, el vallado que los separa no se tendría por medianero, y debería atribuirse al propietario del predio rodeado de setos por todas partes. Esta opinión no se recibe con favor, y con razón, porque tiende á reproducir los antiguos usos que admitían presunciones diversas según la variedad de inte-

1 Bourges, 30 de Noviembre de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, número 612).

rés. La disposición absoluta del art. 670 excluye todas estas distinciones (1).

580. ¿Basta que las dos heredades estén circuidas en el momento en que se entabla el debate, ó hay que tener en cuenta la época en que se plantó el seto? ¿y si en esta época una sola de las heredades estuviese circuida, había, no obstante, presunción de medianería? Es de principio, en materia de presunciones, que el que las invoca debe probar que existen las condiciones que se requieren para la existencia de la presunción. Ahora bien, la presunción del art. 670 se funda en la suposición de que el vallado se plantó de común acuerdo por los vecinos para cercarse. Luego si se prueba que cuando se plantó, una de las heredades estaba cerrada solamente, el motivo en el cual descansa la presunción cae por tierra. No puede objetarse, como se hace respecto á la paredes medianeras, que el vecino que posteriormente se ha cercado tenía interés en comprar la medianería del vallado. En primer lugar, él no tenía derecho á forzar al propietario á cedérsela, según veremos más adelante. En segundo lugar ¿qué interés tenía en adquirir esa co-propiedad? El que edifica tiene sumo interés en apoyar su construcción en la pared ya existente; mientras que el que se cerca no tiene el menor interés en ser co-propietario de un seto. Así, pues, faltan todas las bases de la presunción, y por lo tanto hay que resolver que la presunción no existe. Se ha fallado, conforme á estos principios, que si se ha plantado un seto entre dos heredades cerradas, sigue siendo medianero; aun cuando en el momento del litigio, una de ellas no estuviese en estado de cerramiento: el que es co-propietario del seto no puede perder su propiedad, porque un predio no esté cerrado, lo mismo que el co-propietario de una pared

1 Demolombe, t. 11, p. 432, núm. 472. Duranton, t. 5º, p. 404, número 368.

permanece propietario de ella, aun cuando llegase á destruirse la construcción que la pared sostiene (1).

¿Qué debe decidirse si el vallado ha sido plantado por el propietario de dos heredades, las cuales fueron después vendidas á dos personas diferentes? El art. 670 ya no es aplicable; tampoco puede invocarse el destino del padre de familia, porque si este destino equivale á un título respecto á la adquisición de las servidumbres, no puede decirse otro tanto de la adquisición de la propiedad; y en este caso, se trata de propiedad y no de servidumbre. Así, pues, la cuestión debe resolverse según la voluntad de las partes contrayentes. Se ha fallado que el seto se ha vuelto común, porque al vender ninguna razón tendrá para atribuir el vallado á una porción de su heredad más bien que á otra (2).

581. El art. 670 que presume medianero el vallado, agrega: "Si no existe título ó posesión suficiente en contrario." En cuanto al título, debe aplicarse lo que hemos dicho de las zanjas y paredes medianeras; es superior á todo género de presunciones. Si el seto se hubiese plantado antes de la publicación del código civil, habría que tomar en consideración los usos bajo cuyo imperio contrataron ambas partes, porque tales usos se consideran como convenciones tácitas; ahora bien, si el derecho antiguo está abrogado, los convenios celebrados entre particulares no lo están. Hay una sentencia de la corte de Lieja en este sentido. Estaba comprobado que, según una costumbre de la jurisdicción de Herve, los setos formando cerramientos entre vecinos se dividían entre éstos, de modo que cada uno cultivaba, mantenía y reparaba la porción de vallado cuya propiedad dividida poseía; la corte consideró este

1 Caen, 1.º de Julio de 1857 (Daloz, 1858, 2, 13).

2 Bruselas, 9 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, p. 100).

uso como un convenio tácito, y aplicado por este título (1).

¿Qué debe entenderse por *posesión suficiente en contrario*? Déjase entender que uno de los vecinos puede prescribir la propiedad exclusiva del seto por una posesión trentenaria; esto no es más que el derecho común, supuesto que esta posesión equivale á un título y supone la existencia de éste. Hánse prevalido del texto del art. 670 para sostener que la posesión ánuá es suficiente para destruir las presunciones establecidas por la ley. La jurisprudencia, con excepción de algunas sentencias aisladas, ha rechazado esta doctrina. No vemos por que la posesión ánuá tendría más efecto en materia de setos que respecto á zanjas y á paredes medianeras. Si el código habla de la posesión contraria á la presunción de medianería de los setos, mientras que no menciona la posesión cuando se trata de paredes y zanjas que se presumen medianeras, es porque los hechos de posesión son más frecuentes y más regulares para los vallados que para las zanjas y paredes. Concluir de esto que el legislador ha dado á la posesión ánuá un efecto que ordinariamente no tiene, es hacer un mal razonamiento. La ley no deroga los principios generales por una palabra equívoca. Y hasta puede sostenerse que las expresiones *posesión suficiente* no son equívocas. En efecto, la ley pone á la posesión en la misma línea que el título, luego equivale á título; ahora bien ¿cuál es la posesión que equivale á título? ¿La posesión trentenaria y no la ánuá?

II. De los derechos y obligaciones que resultan de la medianería.

582. El código nada dice de los derechos y obligaciones que resultan de la medianería de los vallados, y esto porque acababa de hablar de las zanjas y de las paredes

1 Lieja, 5 de Enero de 1861 (*Basicsis*, 1861, 2, 185).

medianeras, y los principios son idénticos. Pothier hace la aplicación en pocas líneas. La leña que proviene del esquillo del vallado y los frutos de los árboles que en él se encuentran se distribuyen entre aquellos á quienes el seto es común. Cada uno de ellos está también obligado á la conservación y á las reparaciones que deben hacerse: si es que no prefiere abandonar su derecho de comunidad (1). Esto no es más que el derecho común, en materia de obligaciones que resultan de la medianería. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho (núm. 546).

III. De los árboles medianeros.

583. Según los términos del art. 673, los árboles que se encuentran en el vallado medianero son medianeros como éste. Esto no es más que la aplicación del principio según el cual los frutos pertenecen al propietario del suelo; cuando éste es la co-propiedad de los vecinos, las plantas también les pertenecen en común. Otra cosa sería si los árboles estuvieran plantados en la línea separativa de dos heredades, de manera que el tronco estuviese en parte en uno de los fundos y en parte en el otro. En este caso dejaría de haber comunidad, puesto que el suelo no es común. Esto sería una propiedad dividida, que pertenecería á cada uno de los vecinos proporcionalmente con la parte de tronco que se encuentra en su heredad (2). Cuando el árbol es medianero, se aplican los principios que rigen los derechos y las obligaciones que resultan de la medianería. Cuando el árbol pertenece á varios propietarios, los derechos y las cargas se dividen en la misma proporción (3). Durantón extiende el principio de repartición proporcio-

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 226. Aubry y Rau, t. 2º, página 435 y notas 82-83.

2 Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, p. 786.

3 Pothier, "De la sociedad," núm. 226.

nal al caso en que el árbol es medianero; según él, la medianería no es perfecta; y apoya su decisión en leyes romanas. Esta opinión se ha quedado aislada, y por una excelente razón, porque el texto del código le es contrario: el art. 673 dice que los árboles son medianeros como el seto. ¿Acaso el seto pertenece á cada uno de los vecinos por una parte dividida? La medianería es perfecta en cuanto al seto.

584. El art. 673 dice que cada uno de los dos co-propietarios de un árbol medianero puede pedir que sea derribado. Esto no es más que el derecho común consagrado por el art. 815, el cual permite que se pida la partición de una cosa común. Pero la ley no aplica este principio á la medianería; ésta, en general, produce una indivisión forzada, núm. 494; se admite, en consecuencia, como vamos pronto á decirlo, que los setos medianeros no pueden dividirse á instancia de uno de los comunistas. Así, pues, la disposición del art. 673 es una excepción de las reglas que rigen la medianería. Esta excepción se explica. Los vallados medianeros sirven de cerramiento, no dañan á la agricultura, sino que, al contrario, previenen las usurpaciones de los vecinos. Mientras que los árboles sí dañan el cultivo, y la repartición de los frutos origina cada año entre los vecinos contendas que es importante prevenir. El art. 673 recibe una excepción cuando los árboles sirven de lindes. Es de principio que los lindes plantados con nuestro consentimiento no pueden ser trasladadas sin el concurso de voluntades de ambos vecinos; el código penal coloca entre los delitos el hecho de arrancar los lindes sin el consentimiento de los propietarios, art. 456 del código penal de 1810.

Núm. 5. Principios comunes á las zanjas y setos.

585. Hay algunas disposiciones especiales á las pare-

des medianeras que no tienen aplicación en los vallados y zanjas. En las ciudades, cada cual puede obligar á su vecino á que construya una pared medianera, art. 663; ésta es una excepción al derecho común, y por lo tanto, de estricta interpretación; luego uno de los vecinos no podría obligar al otro á cercarse por medio de zanja ó vallado. Se concibe, por otra parte, que no se alcanzaría el fin que el legislador se propuso al prescribir el cerramiento forzado en las ciudades, si las heredades urbanas estuvieran separadas por una zanja ó por un seto. Del mismo modo, el art. 661 permite á todo propietario que se pone en contacto con una pared, el volverla medianera. La cesión forzada es también una excepción al derecho de propiedad; de donde se sigue que no se puede obligar al propietario exclusivo de una zanja ó de un seto á que ceda la medianería. Debe añadirse que los motivos de interés general que justifican la cesión forzada de la pared medianera son extraños á los setos y á las zanjas. Todos, con poquísimas excepciones, están de acuerdo en estos puntos.

586. La indivisión forzosa es uno de los caracteres que distinguen la medianería de las paredes, art. 494. ¿Pasa lo mismo con las zanjas y setos? Acerca de este punto hay alguna incertidumbre. Se ha fallado que uno de los vecinos no podía pedir la partición de una zanja común (1). La sentencia invoca, en primer lugar, un motivo aducido por Pardessus: habiéndose formado la comunidad por un concurso de voluntades, se necesita también el consentimiento de los dos propietarios para ponerle término. Esto es plantear mal la cuestión. El art. 815 dice que nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión, sin distinguir si la comunidad se ha formado por contrato ó por cuasi-contrato. Esté principio es de orden público. Si se

1 Angers, 1º de Junio de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 590).

admite que reciba una excepción en materia de medianería, es porque el art. 656 implica que los co-propietarios de una pared medianera no pueden pedir su partición, lo que, por otra parte, está en armonía con el fin que se propusieron las partes al construir una pared medianera. La cuestión consiste, pues, en saber si los motivos que justifican la indivisión forzada de las paredes medianeras existen respecto á las zanjas y vallados.

En primer lugar, no existe para los setos y zanjas un texto análogo al del art. 656; por esto se debate el abandono de la medianería de las zanjas y vallados; si se admite, no es por aplicación del art. 656, sino porque en principio uno puede libertarse de las cargas á las que se está obligado como detentador de una cosa, lo que nada tiene de común con la indivisión forzosa. Quedan los motivos de interés general; y éstos, hay que confesar, que casi no se refieren más que al cerramiento en las ciudades y en éstas no puede tratarse ni de zanjas ni de setos. En el campo, el único interés que los propietarios tienen, en general, en establecer una pared, una zanja ó un seto, en el límite de sus heredades, es el deslinde que impida las usurpaciones tan frecuentes entre vecinos; y para esto no es necesario una zanja ni un seto; las piedras-mohones presentan la misma ventaja, y permiten que cada uno de los vecinos utilice un terreno precioso para la agricultura ó para las condiciones.

La corte de Angers invoca el art. 669 que impone á los ribereños la obligación de mantener en buen estado la zanja medianera á expensas comunes; de aquí infiere la corte, que les está prohibido colmarlo. Esto no es serio. Sin duda que uno de los vecinos no puede proceder por vía de hecho, como en el caso se había verificado. El debe pedir la partición; en tanto que ésta no tenga lugar, se aplicará el art. 669; pero desde el momento en que la cosa común

sea dividida, ya no es cuestión de conservarla supuesto que ya no existe. Demolombe hace una objeción más seria: la indivisión forzosa, dice él, es de la esencia de la medianería; luego existe de pleno derecho para todas las cosas medianeras. Nosotros hemos contestado de antemano al argumento, probando que los motivos que requieren la medianería de las paredes no tienen aplicación respecto á las zanjas y setos. Añadamos que el art. 673 prueba que no todas las cosas medianeras son necesariamente medianeras, supuesto que permite que se arranque, y por consiguiente, que se reparta un árbol medianero. La indivisión forzada, aun en lo concerniente á la medianería, debe más bien considerarse como una excepción, supuesto que deroga el principio de orden público escrito en el artículo 815.

Nosotros aplicamos estos principios á los setos tanto como á las zanjas. Los autores mismos que aceptan la división de la zanja medianera están de acuerdo en mantener la indivisión forzosa de los setos. Los motivos que da Durantón para justificar esta diferencia entre los setos y las zanjas no tienen ningún valor; son puras consideraciones de hecho, la facilidad de cavar una zanja, la dificultad de establecer un seto vivo ¿Qué tiene ésto de común con los principios que rigen la indivisión? (1).

Se ha fallado por la corte de casación, á informe de Pardessus, que el co-proprietario de un seto puede arrancarlo reemplazándolo por una pared; éste se había levantado en un terreno perteneciente exclusivamente al constructor. La sentencia dice que no hay acción sin interés, y la corte de Pothiers había comprobado de hecho que el vecino no experimenta ningún perjuicio por la substitución de un seto

1 Durantón, t. 5^o, p. 417, núm. 381. En el mismo sentido, Demolombe, t. 11, p. 538, núm. 479. Aubry y Rau, t. 2^o, p. 438. n. 84.

por una pared (1). ¿Era ésta propiamente una cuestión de interés? Era más bien una cuestión de propiedad ¿El que no es co-proprietario puede disponer de la cosa común? Ciertamente que nó. En nuestra opinión, el comunista puede pedir la repartición del seto, salvo el construir después en su fundo el cerramiento que quiera, pero no puede hacerlo sin el consentimiento voluntario ó forzado de su vecino. Con mayor razón no puede arrancar el seto todo entero. Era, pues, preciso, en toda hipótesis ó el consentimiento del vecino ó la intervención judicial.

FIN DEL TOMO SEPTIMO.

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Abril de 1829 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 616).