

redades contiguas; pues tal acto se ha reputado como un delito contrario al interés y al orden públicos.

El artículo 497 de nuestro Código Penal castiga ese atentado declarando, que el que ciega las zanjas ó fosos que sirven de linderos de una finca rústica, ó destruye las cercas, hitos ó mojones, ú otras señales que marcan sus límites; debe sufrir la pena de ocho días á seis meses de arresto, y multa de diez á doscientos pesos. Pero si el fin que se propone el reo es usurparse un terreno vecino ó confundir los límites disputados en juicio, ó robarse los materiales de que estén formados los linderos; la pena debe ser de tres á doce meses de arresto y multa de segunda clase.

V.

De la servidumbre legal de medianería.

Según parece, en Roma no era permitido á los propietarios construir en el mismo límite de dos predios contiguos, pues por la ley 13 Digesto, *de finium regundorum*, debía dejarse un pie de distancia entre la cerca y la línea divisoria de los predios; y en cuanto á los edificios debían encontrarse á dos pies de distancia el uno del otro.

Fácil es comprender que bajo el imperio de semejante legislación no existía la servidumbre de que nos ocupamos, sino en casos muy raros y en virtud de convenciones entre los interesados; y que hubiera preceptos en muy corto número sobre las paredes comunes.

Nuestra legislación anterior al Código civil no hacía siquiera mención de la medianería; cuya circunstancia demuestra que esta servidumbre se regía solo por la voluntad de los interesados y debía su existencia á los contratos.

Así, pues, la medianería no tiene entre nosotros ningún precedente histórico, y debe su origen al Código civil, que la tomó del Código Francés en donde se consignaron los principios que regían en las costumbres de Paris y Orleans, si hemos de creer á Demolombe.¹

¹ Tomo XI, núm. 311.

En consecuencia: tenemos necesidad de ocurrir al derecho Francés para resolver las dificultades que surjan en el estudio de la servidumbre legal de medianería.

La *medianería*, en general, es la copropiedad de un cercado ó de una pared, situados en el límite de dos heredades contiguas.

Esta expresión sirve para designar con exactitud la especie de comunidad intermedia, que forma el medio entre dos propiedades que separa, y cuya indivisión forzosa es uno de sus caracteres distintivos y esenciales.

La expresión *medianería* no es sinónima de *comunidad*, pues en derecho se aplica á una pared colocada en el punto de contacto de dos heredades, y que, estando asentada la mitad en una de ellas y la mitad en la otra, se ha construido en común, á expensas de los propietarios de ambas heredades.

La comunidad no es más que la propiedad indivisa perteneciente á varias personas, cuyo carácter distintivo consiste en que los derechos indivisos de los copropietarios afectan á toda la cosa y á cada una de sus partes; de manera que se encuentran confundidos con ellas.

Y aunque la línea tirada por el medio de la pared, parece determinar la parte que le corresponde á cada uno de los propietarios colindantes, sin embargo, aquella es común entre éstos, porque sus dos partes son inseparables.

Por este motivo, dice Pothier, que la medianería es un estado de comunidad *sui generis*, sujeta á reglas particulares.

Ocupa entre ellas el primer lugar, aquella que prohíbe á uno de los copropietarios exigir del otro la división, y sólo abandonando la pared medianera, se exime de contribuir á las reparaciones de ella.

Esta regla se funda en que la división de la pared produciría necesariamente su destrucción, y en que es preciso conservarla indivisa para llenar el objeto para que fué construida.

Esta copropiedad es aparentemente de muy fácil comprensión, y sin embargo, es el origen de muy graves dificultades en la práctica, cuando se trata de averiguar si una pared es medianera ó no.

Desde luego se comprende que no hay ni puede haber dificultad alguna, cuando existe constancia que demuestre quién fabricó la pared que divide los predios, porque es evidente que el que la costeó es

dueño exclusivo de ella; pero si consta que se fabricó por los propietarios colindantes, ó no consta quién la fabricó, la ley declara, en obvio de dificultades y para evitar contiendas, que es medianera. (artículo 1,101, Cód. civ.)¹

Pero la ley no hace esa declaración de una manera arbitraria, sino que, fundándose en un hecho conocido infiere uno desconocido: esto es, que se apoya en una presunción para inferir la existencia de la medianería, cuya presunción se funda á su vez en la utilidad recíproca de los colindantes.

Esta presunción que pertenece á la especie de aquellas que se llaman *juris tantum* y que admiten prueba en su contra, se deduce de los hechos siguientes, cuya existencia hace sospechar la medianería mientras no haya un signo exterior que demuestre lo contrario. (artículo 1,102, Cód. civ.)²

Así, pues, se presume la medianería:

- 1.º En las paredes divisorias de los edificios contiguos, hasta el punto común de elevación:
- 2.º En las paredes divisorias de los jardines ó corrales, situados en poblado ó en el campo:
- 3.º En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Como hemos dicho, la presunción se funda en la utilidad recíproca por la cual declara la ley que en los edificios de igual altura son medianeras las paredes hasta el punto común de elevación. Pero si uno se eleva más que otro, si las construcciones no tiene la misma altura sólo hay presunción de medianería hasta la altura de la construcción menos elevada; porque no puede admitirse que el propietario del edificio contiguo haya contribuido para la construcción de la pared á mayor altura que la que necesitaba ó podría utilizar.

La ley presume también, según hemos dicho, que existe la servidumbre de medianería en las paredes divisorias de los jardines ó corrales, situados en poblado ó en el campo.

El precepto que así lo declara está tomado casi literalmente de artículo 653 del Código Francés, que ha sido objeto de controversia

1 Artículo 996, Código civil de 1,884.

2 Artículo 997, Código civil de 1,884.

entre los jurisconsultos, pues aunque todos convienen en que no puede existir duda alguna cuando se trata de la pared divisoria de dos jardines ó dos corrales, disienten cuando la pared separa un jardín y un corral en el campo; y sostienen unos que en este caso se debe presumir la pared de la propiedad exclusiva del dueño del corral, porque hay más interés en cerrar éste que el jardín.

Pero la opinión contraria ha prevalecido, con justicia, porque la ley no exige que los dos predios sean de la misma naturaleza, y simplemente declara que se presume medianera la pared divisoria de los jardines ó corrales y no de dos jardines ó de dos corrales y excluye toda distinción supuesto que se refiere á los jardines ó corrales, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren, en poblado ó en el campo.

Además, esta teoría tiene en su apoyo la consideración de que, si el propietario de un edificio contiguo á un predio no edificado tiene un interés mayor que el dueño de éste en cerrarlo ó cercarlo, no puede decirse lo mismo cuando los predios colindantes son un corral y un jardín; porque hay un interés idéntico, y por lo mismo hay lugar á presumir que la pared divisoria es común.¹

En cuanto á las cercas, setos y vallados vivos que dividen los predios rústicos, se hallan también bajo el imperio de la presunción legal, porque procuran á éstos una incomunicación completa, de la que resulta una utilidad igual.

La presunción legal de la medianería no es absoluta, según hemos dicho, sino *juris tantum*, que se tiene como verdad mientras no se demuestre lo contrario; de donde se infiere que cesa, como se deduce de los términos del artículo 1,101 del Código, cuando existe un título que atribuye á uno de los dueños de los predios colindantes la propiedad exclusiva de la pared divisoria.²

El título debe llenar las condiciones de forma y de validez que exige la ley, constandingo en documento privado ó en escritura pública, según que el valor de la pared divisoria no llega á quinientos pesos, ó excede de esta cantidad; pues los artículos 3,057 y 3,060 del Código exigen que la venta de inmuebles conste de la manera indicada.³

¹ Laurent, tomo VII, núm. 527; Demolombe, tomo XI, núm. 325.

² Artículo 996, Código civil de 1,884.

³ Artículo 2,921 y 2,924, Código civil de 1,884.

Esta prueba se refiere á la adquisición de la pared divisoria por compra-venta, pero no excluye la testimonial ni cualquiera otra que las que el derecho establece, según se deduce del artículo 1,101, y tienen por objeto demostrar quién de los propietarios colindantes fabricó la pared divisoria, ó que se construyó á expensas de los dueños.

Cesa también la presunción de la medianería cuando existe alguno de los signos exteriores que á continuación se expresan. (art. 1,103, Cód. civ.)¹

1.º Cuando hay ventanas ó huecos abiertos en las paredes divisorias de los edificios.

La razón es, porque ningún medianero puede abrir sin el consentimiento del otro, huecos ni ventanas en la pared medianera, según el artículo 1,128 del Código: de donde se infiere que, si existen sin el consentimiento del colindante es á causa de que la pared no es medianera.²

2.º Cuando concidamente toda la pared, vallado, cerca ó seto están tan contruidos sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.

En este caso no hay verdaderamente una prueba que destruya la presunción legal de medianería, porque en realidad no existe tal presunción.

3.º Cuando la pared soporta las cargas de carreras, pasos y arcos duros de una de las posesiones y no de la contigua; porque este uso es exclusivo, que no existiría si la pared fuera medianera, indica con toda evidencia que no existe la servidumbre.

4.º Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y otras heredades, está construida de modo que la albardilla cae hacia una sola de las propiedades.

La albardilla ó caballete que cubre la parte superior de la pared para impedir que le penetre la lluvia, indica por su inclinación quién pertenece aquella; porque es natural presumir que pertenece la pared á aquel individuo que soporta el inconveniente de recibir los derrames de las aguas pluviales, ú obtiene las ventajas que son susceptibles de producir.

1 Artículo 998, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,022, Código civil de 1,884.

o Cuando la pared divisoria construida de mampostería, presenta piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salen fuera de la superficie sólo por un lado de la pared y no por el otro. Las pasaderas sirven de apoyo á los potros ó estribos que se unen á las paredes para ligarlas con las construcciones que deben hacerse después, y engendran la presunción de la propiedad exclusiva de ellas á favor del dueño del predio de cuyo lado se encuentran; por lo que la construcción de las paredes en la forma indicada demuestra la intención de aquel de servirse él solo de ellas. Si no fuera así, el propietario habría ejecutado por el lado contrario la misma operación, haciendo colocar también pasaderas.

Es preciso no confundir éstas con las piedras salientes que el propietario que primero construye deja del lado de su vecino, á fin de que cuando éste quiera también construir pueda ligar su construcción al edificio sin necesidad de hacer incrustaciones en las paredes de éste; porque esas piedras que se dejan generalmente á las extremidades de las fachadas, anteriores ó posteriores, no son indicativas de la existencia de la medianería.

Se debe tener presente también que, para que los dos últimos signos exteriores á que nos hemos referido destruyan la presunción de medianería, es preciso que se hayan colocado al construirse la pared divisoria y de manera que las pasaderas ocupen todo el espesor de la pared, ó lo que es lo mismo, cuando el espesor de la pared y la pasadera están formados por una sola piedra. De otra manera, quedaría á arbitrio del vecino colocar en la pared divisoria signos de propiedad exclusiva para libertarse de la servidumbre. ¹

Algunos autores, entre ellos Pothier, han sostenido que los signos exteriores contrarios á la medianería, cuando sólo existen de un lado de la pared divisoria, la hacen presumir cuando se hallan de los dos lados, cualquiera que sea la naturaleza de los predios colindantes. ²

Pero tal teoría ha sido declarada inadmisibile, porque, ó se trata de la pared respecto de la cual presume la ley la medianería, y en-

Demolombe, tomo XI, núm. 337; Laurent, tomo VII, núm. 534; Pardessus, tomo I, núm. 163.

De la société, núm. 205.

tonces los signos contrarios á ella que existen de uno y otro son inútiles, porque se destruyen y neutralizan, quedando en presunción legal; ó se trata de una pared respecto de la cual no te ésta, en cuyo caso no se le puede suponer conforme á la ley medianera, supuesto que, fuera de los casos señalados por ella, no te la presunción de medianería, pues de que establezca como signos contrarios á tal servidumbre la inclinación de la albardilla que bre la pared hacia uno solo de los predios, ó de que ésta tenga pasaderas de un solo lado no se infiere que la ley señale como signos indicativos de la medianería la inclinación de la albardilla á los predios contiguos, ó la existencia de las pasaderas á los dos lados de la pared. ¹

Demolombe hace resaltar la inconveniencia de la teoría combada, diciendo que si se admitiera respecto de un predio enteramente cerrado colindando con otro que no lo está, habría que deducir la existencia de la medianería de la circunstancia de tener la albardilla igual declive para ambos predios; lo que es contrario á los conceptos de la ley que presume esa servidumbre sólo respecto de heredades contiguas que se hallan cerradas y cercadas. ²

Este razonamiento es también aplicable entre nosotros, pues como veremos luego, el Código exige la concurrencia de esta circunstancia para que se presuma la medianería.

6.º Cuando la pared fuere divisoria entre un edificio del cual me parte, y un jardín, campo, corral ó sitio sin edificio; porque teniendo interés alguno el dueño del predio sin edificar, y si el edificio, no puede presumirse que aquel haya concurrido con ésta en la construcción de la pared que ninguna ventaja ó utilidad producele.

7.º Cuando una heredad se halle cerrada ó defendida por valladas, cercas ó setos vivos y las contiguas no le estén.

Comentando García Goyena el artículo 513 del proyecto del Código Español, que sanciona la misma regla, dice: que para que ex

¹ Pardessus, tomo I, núm. 164; Toullier, Droit civil, tomo III, núm. 190; Demolombe, Cours de Droit civil, tomo I, pág. 554, núm. 5; Duranton, tomo V, núm. 10; Aubry y Rau, tomo II, pág. 423, nota 23; Demolombe, tomo XI, núm. 339; Laurent, tomo VII, núm. 535.

² Loco cit.

En el caso indicado la presunción legal es necesario que los jardines, corrales y predios rústicos queden completamente cerrados, que sólo así hay interés común; y que si esto se verificare sólo en uno de los predios, cesaría la presunción de medianería, prevaleciendo la de que la pared, cerca, etc., pertenece exclusivamente al propietario del predio cerrado ó cercado.

8.º Cuando la cerca que encierra completamente una heredad es de distinta especie de la que tiene la vecina en sus lados contiguos la primera.

La diferencia de las cercas indica que cada uno de los propietarios las ha hecho separadamente y por su cuenta, y que no existe ningún interés común entre ellos.

Los signos á que nos hemos referido, sólo engendran la presunción, que se tiene como verdad mientras no se prueba lo contrario, que la propiedad de las paredes, cercas, vallados ó setos pertenece exclusivamente al dueño de la finca ó heredad que tiene á su favor estos signos exteriores, y por tanto, que admite prueba en su contra, pues como toda presunción debe ceder ante la verdad. (artículo 1,104, Cód. civ.)¹

Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades, se presumen también medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario (art. 1,105, Cód. civ.)²

Esta presunción se funda, como la medianería de las paredes, en el interés común de los propietarios colindantes; porque la zanja ó acequia puede tener por objeto el derrame de las aguas ó servir de límite entre los dos predios contiguos, y en uno y en otro caso resulta un beneficio que hace presumir que aquella se ha construido á expensas de los propietarios de ellos.

La presunción no tiene en este caso la misma limitación que cuando se refiere á la medianería de una pared divisoria, porque la ley no exige como requisito indispensable que los predios entre los cuales existe la zanja ó acequia estén cercados.

La razón de la diferencia consiste en que las zanjas ó acequias provechan á los dos predios contiguos aunque sea solamente para

¹ Artículo 999, Código civil de 1884.

² Artículo 1.000, Código civil de 1884.

el derrame de las aguas; cuyas circunstancias demuestran la existencia de un interés común en los propietarios, que justifica la presunción de medianería.

Pero esta presunción es de aquellas que se designan bajo la denominación de *juris tantum*, y que admiten prueba en su contra, pues la ley declara expresamente que las zanjas ó acequias se presumen medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario á la medianería, según el artículo 1,106 del Código, cuando la tierra ó broza, sacada de la zanja ó acequia para abrirla ó limpiarla, se halla sólo de un lado; pues en este caso se presume que la propiedad de la zanja ó acequia es exclusivamente del dueño de la heredad que tiene á su favor este signo exterior.

Esta determinación de la ley es justa, porque si la tierra ó broza sacada de la zanja ó acequia es inútil, importa una molestia ó un gravamen, que el propietario del predio en que se encuentra exigiría que se repartiera sobre los dos bordes de aquella; y si por el contrario, es útil, el colindante no permitiría que su vecino se aprovechara solo de las ventajas que pudiera proporcionar.

En consecuencia, la tierra ó broza colocada en un solo lado de la zanja funda una probabilidad á favor del vecino en cuyo predio se encuentra, de ser él el propietario de ella.

La presunción á que aludimos, cesa cuando la inclinación del terreno obliga á echar la tierra de solo un lado. (art. 1,107, Código civil.)²

Aunque la ley no lo indica, cesa también la presunción de medianería, cuando la zanja ó acequia se halla comprendida dentro de las señales que marcan los límites de un predio; es decir, cuando no se encuentra sobre la línea divisoria de dos predios contiguos.

Es indudable que la medianería produce ventajas á los propietarios de los predios colindantes, cuya circunstancia les obliga á sus inconvenientes, y por lo mismo, á cuidar que no se deteriore la pared, zanja ó seto medianeros; y si por el hecho de alguno de sus dependientes ó animales se deterioran deben reponerlos, pagar

¹ Artículo 1,001, Código civil de 1,884.

² Artículo 1,002, Código civil de 1,884.

los daños y perjuicios que se hubieren causado (art. 1,108, Cód. Civ.)¹

La medianería, según hemos dicho, es una especie de comunidad, en virtud de la cual existen entre los copropietarios los mismos derechos y las mismas obligaciones que engendra la de otras cosas, exceptuando algunas disposiciones que le son peculiares.

En virtud de esa comunidad y del principio según el cual los perjuicios deben soportarse en la misma proporción que los beneficios, la reparación y construcción de las paredes medianeras, y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas ó acequias también medianeros, se deben costear proporcionalmente por todos los dueños que tengan á su favor la medianería. (art. 1,109, Cód. civ.)²

La ley declara que las reparaciones se deben costear proporcionalmente por todos los individuos que tengan á su favor la medianería; porque puede acontecer que las paredes, los vallados, setos vivos, y acequias sean medianeros de varios predios pertenecientes á más de dos individuos; pero no para indicar que las cuotas con que cada uno debe contribuir sean proporcionales al valor de los predios contiguos, pues siendo comunes las paredes, vallados, etc. los gastos que demandan su reparación ó conservación, deben erogarse en común; esto es, por mitad.

Tampoco se debe distinguir si las reparaciones son necesarias sólo por un lado de la pared divisoria ó por los dos, porque es común la indivisión no permite asignarle á cada uno de los propietarios una parte de ella.

Pero si las reparaciones son necesarias por culpa de uno de los propietarios, su importe es á cargo de él; porque no es justo grabar á otro con ese gasto que es causado por un hecho que no puede imputarsele, y que aun puede causarle algún perjuicio.

Por esa consideración sostienen los autores de común acuerdo, que en este caso está obligado el propietario que por su culpa hizo necesarias las reparaciones, no solo á costear su importe, sino á in-

Artículo 1,003, Código civil de 1,884. Reformado en los términos siguientes: "Los dueños de los predios están obligados á cuidar de que no se deterioren la pared, zanja ó setos medianeros, y si por el hecho de alguno de sus dependientes ó animales, ó por cualquiera otra causa que dependa de ellos, se deterioran, deben repararlos pagando los daños y perjuicios que se hubieren causado."

Artículo 1,004, Código civil de 1,884.

demnizar al vecino colindante los daños y perjuicios que por él se le sigan.

Sin embargo; el propietario que quiera libertarse de las obligaciones á que acabamos de referirnos, puede hacerlo renunciando medianería, menos en el caso en que la pared medianera sostiene un edificio suyo. (art. 1,110, Cód. civ.)¹

El abandono en este caso no es sólo de los materiales de que están formados la pared, el seto ó el vallado, sino también de la mitad del terreno sobre el cual están contruidos; pues aun cuando esa mitad pertenece al vecino que renuncia la medianería, forma con aquellos un todo, y por consiguiente, el abandono que hace de parte en ellos comprende el terreno.

La facultad de libertarse de las obligaciones que impone la medianería, renunciándola, cesa en los casos siguientes:

1.º Cuando la pared medianera sostiene un edificio perteneciente al propietario que rehusa contribuir á los gastos de reparación y conservación de ella; porque siendo indispensable para la existencia del edificio, no habrá razón para dejar al vecino su propiedad con sus cargas é inconvenientes conservando para sí sus ventajas.

2.º Cuando es preciso hacer las reparaciones por culpa del que renuncia la medianería, pues entonces está obligado á ellas, no por ventajas ó utilidades que le proporciona ésta, sino en virtud del principio de moral y de justicia que nos manda reparar el mal que haya causado por nuestra culpa.

Pardessus y Demolombe sostienen, que la renuncia de la medianería hecha por uno de los propietarios para libertarse del deber de contribuir á las reparaciones que demanda la pared medianera, impone al otro la obligación de aceptar la renuncia ni le priva de la facultad de renunciar también á la medianería; porque esta facultad es recíproca y pueden usar de ella ambos propietarios, dejando la pared se arruine, ó repartiéndose los materiales y el suelo.²

Por la renuncia de la medianería hecha por uno de los copropietarios, adquiere el otro la propiedad exclusiva de la pared medianera.

1 Artículo 1,005, Código civil de 1,884.

2 Tomo I, núm. 168; Tomo XI, núm. 389.

la cual no le exime de la obligación de conservarla y repararla; porque la renuncia se hizo por el vecino para libertarse del deber de contribuir á los gastos de reparación, é implica la existencia de ese deber de parte del otro vecino, sin que le sea lícito dejar de cumplir, permitiendo que se arruine la pared, para aprovecharse de los materiales y del terreno en que fué construido.

El propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera, puede, al derribarlo, renunciar ó no á la medianería. Pero en el primer caso son de su cuenta todos los gastos necesarios para evitar reparar los daños que cause la demolición; y en el segundo, además de esta obligación, tiene la de reponer los deterioros que sus dependientes causaren en la pared, pagando los daños y perjuicios que de ellos resultaren. (art. 1,111, Cód. civ.) ¹

La copropiedad de una cosa dá derecho á cada uno de los dueños de servirse de ella aplicándola á los usos á que está destinada por su naturaleza, sin más limitación que el respeto al derecho de los demás, que impide que uno solo abuse de la cosa común ó que se sirva de ella exclusivamente.

Este mismo principio rige respecto de la medianería; y en tal virtud, cada uno de los vecinos copropietarios de la pared medianera, puede usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad, y puede construir y edificar, recargando las construcciones contra ella, ó metiendo vigas hasta la mitad de su espesor, sin el consentimiento del otro y á pesar de su oposición, pero sin impedir el uso común: á diferencia de lo que pasa en la comunidad, en la cual uno de los condueños no puede hacer ninguna innovación, sin el consentimiento de los demás. (art. 1,118, Cód. civ.) ²

Como pudiera ser que los demás propietarios que gozan del derecho de medianería opusieran resistencia á la ejecución de las obras, pretexto de que sufren perjuicio, el Código civil ordena, á fin de evitar contiendas, que se arreglen por medio de peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de

¹ Artículo 1,006, Código civil de 1,884.

² Artículo 1,013, Código civil de 1,884, primera parte. Los preceptos contenidos en los artículos 1,118 y 1,119 del Código de 1,870 se reunieron en uno en el de 1,884.

aquellos, dejando así satisfechos los legítimos intereses de todos. (artículo 1,119, Cód. civ.)¹

En virtud de aquel mismo principio, todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo á sus expensas é indemnizando los perjuicios que cause aunque sean temporales. (art. 1,113, Cód. civ.)

Los términos absolutos del precepto que sanciona tal derecho, demuestran que no señala condición alguna para su ejercicio, y que basta la voluntad del copropietario, sin que tenga necesidad de expresar los motivos que lo impulsan á alzar la pared.

Sin embargo, todos los autores están de acuerdo en que el ejercicio de una facultad debe fundarse en la conveniencia ó la necesidad y no ser inspirada por el propósito deliberado de perjudicar al otro propietario; pues el levantamiento de la pared medianera hecho por uno solo de los colindantes, sin el consentimiento del otro, impone una servidumbre legal á aquella; y es de esencia de las servidumbres que no puedan constituirse sino para el provecho ó beneficio de los predios.

Pero el ejercicio de la facultad á que nos referimos impone al propietario que usa de ella, según hemos dicho, la obligación de hacer la obra á su costa y de indemnizar los perjuicios que se ocasionen por ella, aunque sean temporales, así como las erogaciones que demanden todas las obras de conservación de la pared en la parte en que ésta haya aumentado de altura y espesor, y las que en la pared medianera sean necesarias, si el deterioro proviene de la mayor altura ó espesor que se haya dado á la pared. (art. 1,114, Cód. civ.)²

Estas obligaciones son enteramente justas, porque desde la altura en que se alza la pared por uno de los propietarios, deja de ser medianera y le pertenece exclusivamente, y porque el aumento de peso que reporta es una causa de reparaciones más frecuentes, que no es justo que se hagan á prorata por el vecino que ninguna utilidad recibe, sino antes bien molestias y perjuicio, que le deben ser completamente indemnizados.

Resulta, pues, que el ejercicio de la facultad que la ley otorga

¹ Artículo 1,013, segunda parte, Código civil de 1,884.

² Artículo 1,008, Código civil de 1,884.

³ Artículo 1,009, Código civil de 1,884.

Los propietarios de alzar la pared medianera, les impone la obligación de pagar:

- 1.º El valor de la obra:
- 2.º El importe de las obras de conservación en la parte que haya aumentado de altura ó espesor, y de las necesarias en la parte medianera, cuando el deterioro provenga de la mayor altura ó espesor que se haya dado á la pared:
- 3.º La indemnización de los perjuicios que se causen por la obra, aunque sean temporales.

Quando la pared medianera no se halla en estado de soportar la altura, el propietario que quiera levantarla tiene obligación de reconstruirla á su costa; y si fuere necesario darle mayor espesor, debe darle de su suelo. (art. 1,115, Cód, civ.)¹

En los casos expresados, esto es, cuando uno de los propietarios alza la pared medianera, y cuando por la debilidad de ésta para soportar la mayor altura es preciso reconstruirla y darle mayor espesor, continúa siendo medianera hasta la altura en que lo era antiguamente, aunque la edificación se haya hecho á expensas de uno solo; desde el punto donde comenzó la mayor altura, es exclusivamente propia del que edificó. (art. 1,116, Cód. civ.)²

Si no fuera así, se autorizaría una injusticia, despojando sin causa alguna, á uno de los propietarios, para beneficiar á otros, lo cual sería un verdadero atentado.

Según se infiere de los artículos 1,101 y 1,112 del Código civil, la medianería se adquiere de dos maneras: ó construyéndose la pared,anja ó acequia, cerca, seto ó vallado á expensas de los propietarios de las fincas ó heredades colindantes; ó por contrato celebrado entre el que pretende la servidumbre y el dueño de la pared no medianera.³

Es decir, que según los preceptos citados, la medianería de la pared divisoria sólo se adquiere en todo ó en parte, por contrato con el dueño de ella, en el cual la voluntad de los interesados determina el precio y las demás condiciones. •

Artículo 1,010. Código civil de 1,834.

Artículo 1,011. Código civil de 1,834.

Artículos 996 y 1,007, Código civil de 1,884.

En el caso en que uno de los propietarios haya alzado la pared medianera á sus expensas, los demás que no hayan contribuido á esta obra ó á darle mayor espesor á la pared, pueden adquirir en la parte nuevamente elevada los derechos de medianería pagando proporcionalmente el valor de la obra y la mitad del valor del terreno sobre que se hubiere dado mayor espesor. (art. 1,117 Cód. civ.)¹

Creemos que al sancionar la ley esta facultad, establece otro modo de adquirir la medianería, la expropiación por causa de interés privado, que obliga de tal manera, que no puede rehusarse á ella el propietario, si el que la pretende satisface las condiciones que aquella señala.

Desde luego se comprende la diferencia que existe entre estos modos de adquirir la medianería: en el contrato, la voluntad de los contratantes es la norma que rige las obligaciones que contrae el que adquiere la medianería en cuanto al importe y manera de pago y precio, sin que estén obligados á atender al costo y al valor actual de la pared divisoria; y en la expropiación, la ley señala como base variable de la indemnización, el pago previo y proporcional del valor de la obra y la mitad del valor del terreno sobre que se hubiere dado mayor espesor.

El derecho de adquirir la medianería es imprescriptible, como todo derecho facultativo sancionado por la ley; y según la opinión de respetables autores, es absoluto, en el sentido de que no hay obligación de justificar el interés de necesidad ó utilidad y de que el vecino no puede rehusar la concesión de la medianería, á pretexto de que puede causarle molestia ó hacer imposible el uso al cual ha destinado la pared; por ejemplo, unas ventanas, cuya supresión puede pretender después el que adquiere la servidumbre.²

La facultad de adquirir la medianería se ejerce por todas aquellas personas que tienen el derecho de propiedad sobre el predio contiguo, ó alguno de los derechos de que aquel se compone; y en caso

¹ Artículo 1.012, Código civil de 1.884.

² Aubry y Rau. tomo II, pág. 431; Demolombe, tomo XI, núms. 357 y 360; Lin, Répertoire, v.º Vue, § 3, núm. 8; Pardessus, tomo I, núm. 155; Zachariæ

encia, pueden adquirirla el propietario, el usufructuario, el usuario y el enfiteuta.

La medianería se extingue de tres maneras:

- 1.^a Por contrato ó última voluntad:
- 2.^a Por renuncia, cuando el propietario quiere librarse de las obligaciones que la medianería impone:
- 3.^a Por prescripción, cuando el propietario ha tolerado durante el tiempo de la ley que su vecino usara de la pared medianera como dueño exclusivo de ella. ¹

Existe otra especie de comunidad, á la que impropriadamente se le llama medianería, porque no separa dos predios; pero que, como dice Danvila, participa del carácter de la verdadera medianería, en el sentido de que se aplica á las cosas comunes que no son susceptibles de división sin el consentimiento de todos los interesados. ²

La medianería á que aludimos es una especie de comunidad, que antes de ahora se ha designado con el nombre de servidumbre. ³

En virtud de esa comunidad, cuando los diferentes pisos de un edificio pertenecen á diversas personas, existe una mezcla extraña de derechos de distinta naturaleza, de medianerías y de servidumbres recíprocas, por lo cual cada uno es propietario exclusivo de un piso; pero ciertas partes del edificio, como las paredes maestras, el tejado, etc., son comunes ó medianeras, y cada una de ellas reporta servidumbres de diversas especies en provecho de las demás.

Para determinar los derechos y obligaciones de cada uno de los propietarios, hay que atender á lo que determinen sus títulos de propiedad; y sólo á falta de éstos, ó por su insuficiencia, y cuando no ha habido ningún convenio entre aquellos, se deben regir los términos en que han de contribuir á las obras necesarias por las reglas siguientes, prescritas por el artículo 1,120 del Código civil: ⁴

- 1.^a Las paredes maestras, el tejado ó azotea y las demás cosas de uso común, estarán á cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso:

¹ Merlin, Repertoire v.º Mitoyoneté: Rolland de Villargues, Repertoire v.º Mitoyoneté, § 5.

² Libro del propietario, pág. 271.

³ Demolombe, tomo XI, núm 425; Danvila, loco cit.

⁴ Artículo 1.014, Código civil de 1,884.

2.^a Cada propietario costeará el suelo de su piso:

3.^a El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obra de policía comunes á todos, se costearán á prorata por todos los propietarios:

4.^a La escalera que conduce al piso primero, se costeará á prorata entre todos, excepto el dueño del piso bajo: la que desde el piso primero conduce al segundo, se costeará por todos, excepto por los dueños del piso bajo y del primero, y así sucesivamente.

Aunque el Código civil no lo declara expresamente, se deduce de la naturaleza misma del derecho de propiedad que cada uno tiene en el piso que le corresponde, que puede hacer en él todos los cambios que quisiere ó estimare convenientes, á condición de que no cause perjuicio á los demás propietarios ni ponga en peligro la solidez del edificio.

¿Podrá el dueño del piso superior usando de ese derecho, levantar las paredes que le pertenecen y aun construir un nuevo piso, sin el consentimiento de los demás propietarios?

Creemos, siguiendo la opinión de Demolombe, que el propietario del piso superior no tiene derecho de construir otro, aun cuando acredite por medio de un juicio pericial que no se perjudicará el edificio por el aumento del peso de aquel; porque no se trata de un simple medianería, á la cual se puedan aplicar los preceptos que para ella establece la ley, sino de una comunidad *sui generis*, que tiene por objeto un edificio con una forma y una altura determinadas que no puede alterar uno de los copropietarios sin el consentimiento de los demás. ¹

Por otra parte, se debe tener presente que la construcción de un nuevo piso causa siempre perjuicio á los demás propietarios, ya por el aumento de peso que reportan las paredes, ya porque priva de luz y de ventilación á los pisos inferiores y aumenta las molestias que necesariamente produce el mayor número de inquilinos ó de moradores.

Cuando una casa, cuyos diversos pisos pertenecen á distintas personas, se destruye por caso fortuito, ó su estado de vetustez demanda su pronta reparación, y unas pretenden reconstruir el edificio

¹ Tomo XI, núm. 437.

tras se niegan, no puede obligarse á éstas á contribuir á los gastos de la obra, y cada una de ellas tiene derecho para exigir la licitación del suelo y de los materiales. ¹

Para concluir diremos, que cada uno de los propietarios puede libertarse de la obligación de hacer las reparaciones á que le obliga su título ó la ley, abandonando el piso que le corresponde; pero tal abandono, sólo lo liberta de esa obligación para lo futuro y no del tiempo pasado, pues las cargas de éste son correlativas del goce y de los beneficios que se han recibido durante él.

VI.

De la distancia que conforme á la ley se requiere para ciertas construcciones y plantaciones.

Entre las servidumbres legales enumera el artículo 1,121 del Código, la prohibición de edificar y plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas y edificios públicos, si no es sujetándose á las condiciones exigidas en los reglamentos especiales de la materia. ²

Esta prohibición que debe su origen al derecho Romano y que fué reproducida por la legislación de las Partidas, así como las servidumbres públicas, están reglamentadas por las leyes especiales del derecho público administrativo, cuyo estudio es extraño á la materia que nos ocupa; y éste es sin duda el motivo por el cual declara el Código, después del precepto á que nos referimos, que las servidumbres establecidas por causa de utilidad pública ó comunal para mantener expedita la navegación de los ríos y la construcción y reparación de las vías públicas, y para las demás obras comunales de esta clase, se arreglan y resuelven por leyes y reglamentos especiales; y á falta de éstos, por las reglas establecidas por el mismo Código, (artículo 1,122, Cód. civ.) ³

¹ Demolombe, tomo XI, núm. 440; Aubry y Rau, tomo II, pág. 417; Mourlon, tomo I, núm. 1,753.

² Artículo 1,015, Código civil de 1884.

³ Artículo 1,016, Código civil de 1884.

Hay un principio de moral y de justicia que nos impone el deber de reparar el daño que causamos por nuestra culpa ó imprudencia por nuestra negligencia, el cual nos obliga también á precaverlo ó evitarlo.

Este mismo principio y motivos de utilidad general son las causas que motivan las servidumbres legales; esto es, restricciones de la ley ha impuesto al libre ejercicio del derecho de propiedad. Tal es, por ejemplo, la servidumbre de medianería, la de paso y otras.

Tal es también la que impone el artículo 1,123 del Código civil con objeto de impedir que el propietario de un edificio cause perjuicios á su vecino, ó que un copropietario exponga la cosa común á graves peligros.¹

Según ese precepto, nadie puede construir cerca de una pared ajena ó medianera, pozos, cloacas, establos, depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor ú otras fábricas destinadas á usos que pueden ser peligrosos ó nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos; ó sin construir las obras de resguardo necesarias, y con sujeción en el modo, á cuantas condiciones se prevengan en los mismos reglamentos, ó que á falta de ellos se determinen por el juez en juicio pericial.

Aunque esta prohibición de la ley tiene por objeto el interés privado de los colindantes, no es el único, pues de su letra misma se infiere que tiene por móvil principal el interés público. Y á tal fin dirige la prohibición de construir cerca de la pared ajena ó medianera hornos, fraguas, chimeneas y máquinas de vapor, pues tiene por objeto precaver y evitar los incendios.

Así es que, siempre que se trate del interés privado, puede renunciar la persona interesada al empleo de las precauciones de la ley que tiene por objeto protegerlo; pero no son renunciables cuando se trata del interés público.

En consecuencia, no corre la prescripción, ni puede invocarse por el dueño de una construcción hecha infringiendo los reglamentos que prescriben determinadas precauciones ú obras preservativas por el interés público: pero nada impide que el constructor adquiriera por prescripción el derecho de conservar las obras que hubiere ejecuta-

¹ Artículo 1,017, Código civil de 1,884.

do con infracción de la ley en perjuicio de un interés meramente privado.

La prohibición del artículo 1,123 del Código civil, no es limitativa y sólo aplicable á las construcciones en él enunciadas, por más que importe una restricción al libre ejercicio de la propiedad, sino que se debe aplicar á todas las obras que tienen con aquellas una analogía que no permite hacer distinción entre ellas.

Comentando Demolombe y Pardessus el artículo 674 del Código francés, sostienen la misma teoría, que es la de otros muchos jurisconsultos, y señalan varias obras que, aunque no enumeradas por ese precepto, se entienden comprendidas en él, como lo estaban en varios de los preceptos del derecho Romano, que citan.

La ley dice que las construcciones dañosas ó peligrosas, deben hacerse á las distancias que señalan los reglamentos, con las obras de resguardo necesarias, construidas según las condiciones que estos prescriben; pero no indica cuáles deben ser aquellas y éstas en el caso de que no hubiere reglamentos.

Parece que lo más equitativo y justo en tal caso es ocurrir al juicio de peritos, cuyo dictamen debe servir de base á los tribunales para dictar las medidas que creyeren necesarias y convenientes para proteger el interés público y el privado.

Pero aun bajo el supuesto de que existan reglamentos y de que se hayan observado en la construcción de las obras las distancias y medidas de precaución que éstos señalan, el propietario colindante tiene derecho de reclamar si son insuficientes para su objeto: esto es, si no impiden el daño que deben evitar.

Para proteger el derecho y los intereses del vecino colindante de la obra peligrosa, la ley concede la acción conocida en derecho con el nombre de *interdicto de obra nueva*, cuyo origen se remonta á la época del derecho Romano.

Según el artículo 1,195 del Código de Procedimientos de 1,880, puede entablarse el interdicto de obra nueva: ¹

1.º Cuando alguno se cree perjudicado en sus propiedades con una obra nueva que se esté construyendo, y tiene por objeto enton-

¹ Artículo 1,195, Código de Procedimientos de 1,884.

ces impedir la continuación de ella y obtener en su caso la demolición:

2.º Cuando se ejecuta en camino, plaza ó sitios públicos, causando algún perjuicio al camino ó á un edificio contiguo.

Las legislaciones modernas han procurado alejarse de la lamentable confusión que el Código de Procedimientos ha hecho, siguiendo la legislación de las Partidas, de los intereses privados y de los públicos, garantizándolos con el interdicto de otra nueva; de manera que la defensa de éstos no se obtiene mediante el ejercicio de esa acción, sino por el uso de las facultades que la ley concede á las autoridades administrativas.

Entre nosotros mismos, á pesar de lo dispuesto por el Código de Procedimientos; no se acostumbra promover el interdicto para la defensa de los intereses públicos, sino denunciar la otra nueva á la autoridad política administrativa local, quien, en uso de sus facultades corrige gubernativamente el abuso.

Por el interés de la agricultura que sufre perjuicio por la sombra de los árboles y la absorción de los jugos que hacen por las raíces así como por los grandes perjuicios que causan á los edificios, privándolos de la luz y del aire, ó humedeciéndolos, declara el artículo 1,124 del Código civil que nadie puede plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino á distancia de dos metros de la línea divisoria si la plantación se hace de árboles grandes, y de un metro, si la plantación es de arbustos ó árboles pequeños. 1

Como debe comprenderse, esta prohibición de la ley es enteramente subsidiaria, y sólo tiene aplicación cuando no existe convenio ó arreglo alguno entre los interesados.

Por lo mismo, se puede adquirir el derecho de plantar árboles á una distancia menor de la línea divisoria que la que la que prescribe la ley, en virtud de un contrato ó por testamento.

También puede adquirirse ese derecho por prescripción cuando conservan veinte años los árboles plantados á menor distancia de la que señala la ley, pues el lapso de ese tiempo faculta al dueño de ellos para conservarlos allí. (arts. 1,194 y 1,195, Cód. civ.) 2

1 Artículo 1.018. Código civil de 1.884.

2 Artículos 1.087 y 1.037. Código civil de 1.884. Ambos artículos disminuyen el tiempo de la prescripción, reduciéndolo á diez años con buena fe, y veinte con mala fe.

Pero el propietario que ha adquirido por prescripción el derecho de conservar los árboles plantados fuera de la distancia legal, no tiene facultad de reemplazarlos por otros si llegan á perecer ó son abalios; porque no puede prescribirse más que lo que se posee, y en el caso á que nos referimos sólo posee el propietario de los árboles el derecho de conservarlos á una distancia menor que la legal, y por consiguiente, no puede adquirir mas que ese derecho.

La servidumbre que ejerce el propietario de los árboles, es inherente por su naturaleza á éstos más bien que al predio en el cual fueron plantados; pues no son solamente el medio por el cual se manifiesta aquella, sino que constituyen su sujeto activo. Así es, que al adquirir el dueño de ellos el derecho de conservarlos, no adquiere á la vez, en beneficio de su fundo, la facultad de plantar, cuando le plazca, árboles á menor distancia que la designada por la ley; cuya consecuencia tiene en su apoyo la consideración de que la existencia de los árboles es temporal, y de que no son susceptibles de ser idénticamente reemplazados. 1

El artículo 1,124 del Código, que contiene la prohibición á que nos hemos referido, tiene la debida sanción, pues el artículo 1,123 declara que todo propietario puede pedir que se arranquen los árboles plantados á menor distancia que la que aquel señale; y aun cuando sea mayor, si es evidente el daño que le causan. 2

Y este derecho es de tal naturaleza, que no admite excepción alguna, aun cuando sea corta la diferencia que existe entre la distancia legal y aquella á que se encuentran los árboles; pues de otra manera sería enteramente inútil la existencia de la ley, y esta importante materia quedaría sujeta al arbitrio ó al capricho del plantador ó de los jueces.

Se entiende, que el ejercicio de este derecho sólo puede tener lugar cuando el dueño de los árboles no haya adquirido á su vez el derecho de plantación á menor distancia que la legal por contrato ó por prescripción.

—
Duranton, tomo V, núm. 931; Marcadé, tomo II, núm. 622; Pardessus, tomo I, p. 195; Bonnier y Roumain, tomo II, núm. 308; Solon, núm. 245; Favard, Répertoire v.º servitude, sección II, § 2; Zachariæ, § 241, Aubry y Rau, tomo II, página 215; Mourlon, tomo I, núm. 1771; Demolombe, tomo XI, núm. 501.

Artículo 1,018, Código civil de 1,884.

Puede acontecer que, no obstante que la plantación de los árboles se haya hecho á la distancia legal, las ramas se extiendan sobre predio contiguo, causándole perjuicios.

En tal caso, dispone la ley, que el dueño de la heredad, jardines y patios sobre los cuales se extienden las ramas, tenga derecho de reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre sus propiedades y que si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendieren en el suelo de otro, aquel en cuyo suelo se introduzcan, podrá hacerlas cortar por sí mismo dentro de su heredad; pero con previo aviso al vecino. (art. 1,126, Cód. civ.) 1

La diferencia que la ley establece entre las ramas y las raíces de los árboles, tiene muy fácil explicación, pues no se ha querido que el vecino tenga facultad de cortar él mismo las ramas, á fin de evitar que por malicia ó por ignorancia cause un grave daño á los árboles cortándolas más allá del punto en que puede hacerse la poda; el peligro no existe respecto de las raíces, que muchas veces se cortan por los instrumentos de labranza al preparar los terrenos. Además se suscitarían muchas dificultades, impidiendo los trabajos del vecino si hubiera necesidad de ocurrir al dueño de los árboles para que él mismo las cortara.

Sin embargo, el Código civil no ha querido que el dueño del predio corte las raíces sin previo aviso al dueño del árbol, con el objeto de evitar dudas, de que si le es posible y quiere, lo traslade á otro lugar, y para precaver todo género de contiendas. Si no fuera tal la mente del legislador, no podría explicarse ese deber, cuya falta de cumplimiento carece de sanción penal.

El Código ha innovado en esta materia nuestra antigua legislación según la cual, el dueño de una casa sobre la que caían las ramas de un árbol vecino, podía obligar á éste judicialmente á que lo cortara, no haciéndolo á cortarlo por sí mismo: si las ramas caían sobre su heredad podía hacerlas cortar en la misma forma; y si el árbol plantado en un predio extendía sus principales raíces sobre el contiguo pertenecía al dueño de éste. Ya se comprenden las ventajas que se han introducido la reforma, evitando las contiendas á que daba lugar

1 Artículo 1,020, Código civil de 1,884.

difícil modo de averiguar la propiedad. (Leyes, 18, tit. 15, Part. 1.^a y 43, tit. 28 Part. 3.^a)

La reforma á que nos hemos referido está tomada del Código Francés, cuyos comentaristas se han dividido respecto de las dos cuestiones siguientes;

- 1.^a ¿A qué árboles se aplica la facultad de cortar las ramas?
- 2.^a ¿Es prescriptible esa facultad, cuando los árboles se han plantado á la distancia legal?

En cuanto á la primera cuestión, todos están conformes en que pueden cortarse las ramas de los árboles plantados á menor distancia de la legal, que no tienen treinta años de existencia, y de los árboles que se hallan á aquella distancia; y difieren respecto de aquellos cuyos dueños han adquirido el derecho de conservarlos á una distancia menor que la legal, por convenio expreso ó prescripción.

Unos, á cuya opinión nos inclinamos, sostienen que al permitir el dueño de un predio que un vecino plante árboles á menor distancia que la que señala la ley, ha aceptado desde antes los inconvenientes que pudiera producirle la plantación, y que dejando pasar el tiempo de la prescripción, ha dado origen á la presunción legal de que existe entre él y el vecino un convenio en virtud del cual hizo éste la plantación. ¹

Otros, por el contrario, sostienen que en el caso propuesto hay dos derechos distintos, y que no se infiere que el propietario de un predio no tenga derecho de hacer cortar las ramas del árbol del vecino, de que carezca de la facultad de hacerlo arrancar si está plantado á una distancia menor de la legal, á no ser que mediare un convenio expreso entre ambos. ²

En cuanto á la segunda cuestión, sostienen generalmente los autores que no es prescriptible la facultad de hacer cortar las ramas de los árboles plantados á la distancia legal; porque siendo sucesivo el crecimiento de ellas, sería imposible determinar en qué momento preciso comenzaba á existir el derecho del vecino para exigir la poda, y por consiguiente, desde cuándo comenzaba á correr la pres-

¹ Proudhon, Dom. priv, tomo II, núm. 583; Durantón, tomo V, núm. 396 y siguientes; Laurent, tomo VIII, núm. 18.

² Pardessus, tomo I, núm. 196; Zachariæ, tomo II, pág. 54; Demolombe, tomo XI, núm. 507.

cripción; y porque siendo obra de la naturaleza el crecimiento de las ramas, no constituye de parte del propietario del árbol un acto posesorio bastante caracterizado para engendrar la prescripción, tanto más, cuanto que el silencio del vecino que no ha hecho uso de la facultad que le concede la ley, no se puede considerar sino como efecto de una simple tolerancia. ¹

Sin embargo, Troplong, Valette y Laurent sostienen que en el caso á que nos referimos hay una servidumbre continua y aparente, susceptible de adquirirse por prescripción, y que aun cuando no debe comenzar á correr ésta sino cuando las ramas hayan avanzado bastante para causar daño, esta consideración no puede impedir el efecto de la prescripción, cuando las ramas existan por el tiempo que para ésta exige la ley, con un carácter perjudicial y sin ninguna compensación para el vecino.

Los árboles existentes en cerca medianera, son tambien medianeros como ésta; y cualquiera de los dueños tiene derecho de pedir su derribo; pero si el árbol es señal de lindero, no puede ser cortado ni sustituido con otro, sino de consentimiento de ambos. (art. 1,127 Cód. civ.) ²

Aunque parece deducirse de la letra misma del precepto que contiene la regla precedente, que es una consecuencia de la medianería el derecho de pedir el derribo del árbol, realmente no es sino la ex-

¹ Proudhon, Droit de usuf., tomo II, núm. 562; Duranton, tomo V, núm. 393; Aubry y Rau, tomo II, § 197, nota 27; Marcadé, tomo II, pág. 613; Demante, tomo II, núm. 527, *lis* II; Demolombe, tomo XI, núm. 509; y otros muchos autores.

² Artículo 1,021, Código civil de 1,884. Este precepto reformó el artículo 1,127 del Código de 1,870, en los términos siguientes:

“Los árboles existentes en cerca medianera ó que señalen lindero, son también medianeros, y no pueden ser cortados ni sustituidos con otros, sino de consentimiento de ambos propietarios, ó por decisión judicial pronunciada en juicio contradictorio, en caso de desacuerdo de los propietarios.”

En esta reforma se confunden de una manera lastimosa, los árboles medianeros y los que sirven de señales para marcar los límites entre dos heredades; y aunque á primera vista parece que ha privado á los copropietarios del árbol medianero de la facultad de pedir su derribo, en realidad no ha hecho mas que cambiar la redacción del precepto, declarando que los árboles medianeros no pueden ser cortados, sino de consentimiento de ambos propietarios, ó por sentencia judicial en caso de desacuerdo entre ellos.

Precisamente es esto mismo lo que declaraba el artículo 1,127 del Código de 1,870, pues la facultad de pedir el derribo de los árboles, no es la de hacerlo el propietario que lo desea, sino el derecho de ocurrir á la autoridad judicial pretendiendo que se abatan los árboles, ya para poner término á una comunidad molesta y odiosa, ya para evitar los daños que, por la prolongación de las raíces ó por su sombra, causan.

excepción de ésta, pues su carácter esencial consiste precisamente en el estado de indivisión á que obliga á los propietarios de los predios colindantes.

Pero tal excepción se funda en un principio de perfecta justicia; porque los árboles medianeros son el origen constante de disputas y contiendas entre los vecinos colindantes, con motivo de la poda de las ramas ó de la recolección de los frutos, las cuales ha querido evitar la ley, por el interés público.

Del derecho de que goza cada uno de los propietarios colindantes para pedir el derribo de los árboles medianeros, se infiere necesariamente que tienen derecho para oponerse á que se sustituyan aquellos que hubieren perecido de vejez ó por algun otro accidente.

Este mismo derecho, que es por naturaleza meramente facultativo, así como el principio según el cual la prescripción no puede correr sobre objetos que dos ó más poseen en común, nos demuestran que es imprescriptible, y que puede ejercitarlo cualquiera de los propietarios en todo tiempo.

Pero si el árbol es señal de lindero, no puede ser cortado ni sustituido, sino de común consentimiento de los propietarios, porque su destrucción introduciría la confusión de los límites de las heredades. Antes bien, el artículo 497 del Código Penal garantiza la conservación de las señales, que marcan los límites de las propiedades, imponiendo á los destructores de ellas penas severas.

VII.

De las luces y vistas que pueden tenerse en la propiedad del vecino.

Si el derecho de propiedad faculta al propietario para usar y disponer libremente de la cosa objeto de ella, modificándolo según lo exigen los usos á que la destina, nada más natural que suponerle también la facultad de practicar en la pared que le pertenece ventanas para procurarse luz y vistas, aun cuando aquellas den sobre el predio vecino.

Pero el ejercicio del derecho de propiedad de una manera tan absoluta, toma un carácter tal de agravación, y se encuentra de modo en pugna con el derecho del propietario vecino, que no puede menos de suscitar graves conflictos, que la ley ha querido evitar mediante la limitación del derecho de propiedad en beneficio de los propietarios vecinos y del interés público.

A este fin ha sancionado las reglas de cuyo estudio nos vamos a ocupar, estableciendo antes algunos precedentes que juzgamos necesarios para su inteligencia.

Según el derecho Romano y nuestra antigua legislación; se distinguían tres especies de servidumbres de luces y vistas que se designaban bajo las denominaciones siguientes: *jus luminum*, *jus luminibus officiatur* y *jus prospectus*, las cuales se designan aún bajo esas denominaciones.¹

La servidumbre de luz ó *jus luminum* consiste solamente en el derecho de recibir la luz exterior para dar claridad al interior del edificio, pero no en la facultad de ver á través de las aberturas practicadas con tal objeto.

La servidumbre de vista ó *ne luminibus officiatur* consiste en el derecho de tener vistas á cierta distancia de la heredad contigua.

Y la servidumbre de *prospectus* consiste en impedir al propietario del predio sirviente, que construya ó haga plantaciones que destruyan ó disminuyan la libertad ó extensión de la vista con perjuicio del predio dominante.

Las servidumbres que acabamos de definir se diferencian esencialmente y otorgan diversos derechos, esto es, de diversa extensión, por lo cual es preciso no confundirlas.

Entre ellas existen las siguientes diferencias que marca Solon con toda claridad:²

1.^a El que tiene la servidumbre de vista ó de prospecto, tiene necesariamente la de luz, *jus luminum*; y por el contrario, el que tiene esta servidumbre carece de las otras:

2.^a El que tiene la servidumbre de vista no tiene la de prospecto.

1 Leyes 8, Cod. de servit. y 12 y 15, Dig. de servit. præd rust., y 2, tit. 31, Partida 3.^a

2 Traité des servitudes, núm. 278.

al contrario, el que tiene ésta puede reclamar el uso de aquella servidumbre:

3.^a La servidumbre de luz sólo grava la parte superior del predio sirviente, mientras que las servidumbres de vista y de prospecto gravan también la parte inferior de él; pues como dice Vinnio, *Cum mem tantum sit ex loco superiore, prospectus ex locis inferioribus*:¹

4.^a Las servidumbres de luz y de vista son continuas y aparentes, porque su existencia se revela por signos exteriores dispuestos para su uso y aprovechamiento, esto es, las ventanas y los balcones, mientras que la de prospecto no es aparente, ó más bien dicho, los signos exteriores de ella no revelan con toda claridad su existencia, porque son igualmente aplicables á la servidumbre de vista:

5.^a La servidumbre de luz es muy favorable, porque satisface una necesidad del predio dominante, y sólo se debe procurar que sea lo menos molesta posible para el sirviente.

La servidumbre de vista es mucho menos favorable, porque constituye un placer más bien que una necesidad; y la servidumbre de prospecto es aún menos favorable, porque tiene por objeto el capricho ó el recreo y no la satisfacción de una necesidad.

La vista puede ser directa ú oblicua.

Es directa, según la definición que dan generalmente los autores, la que se ejerce en muro paralelo á la línea de separación de las dos heredades, y que permite al observador ver el fundo vecino enfrente, sin tener necesidad de volver la cabeza á ningún lado.²

Es oblicua, la que obliga á volverse y dirigir las miradas á derecha é izquierda para ver el predio vecino; ó que se ejerce en una pared perpendicular, ó casi perpendicular, á la línea divisoria de las dos fincas ó heredades.

Aubry y Rau critican las definiciones que preceden, reprochándolas de inexactas, porque además de que se puede tener una vista directa sobre un fundo cuya línea separativa forme un ángulo agudo con la pared en la que se ha practicado la abertura por la cual se ejerce; sólo se tiene una vista oblicua sobre un fundo aun cuando

¹ Instit., lib. 2, tit. 3, núm. 9.

² Pardessus, tomo I, núm. 204; Demolombe, tomo XII, núms. 528 y 545; Zachariae, § 234; Mourlon, tomo I, núm. 1,782; Danvila, Libro del propietario, pág. 284; y otros autores.

sea paralelo á la pared en que existe la abertura, cuando no se prolonga bastante para encontrarse á lo menos parcialmente, enfrente de ella. ¹

Los mismos autores establecen, que la vista directa supone necesariamente un fundo colocado enfrente de la ventana por la cual se ejerce, y la oblicua, un fundo que forma ángulo con la pared en que existe aquella; que cuando este ángulo es agudo, la misma ventana puede dar á la vez una vista oblicua sobre la parte lateral del fundo vecino, y una directa sobre la parte situada enfrente; y que, si el ángulo es obtuso, sólo puede haber una vista oblicua.

Los principios que acabamos de establecer, se hallan sancionados por los preceptos del Código civil, los cuales distinguen para su aplicación las paredes medianeras y las que no lo son.

Quando una cosa pertenece en común á varias personas, ninguna de ellas puede modificarla ó alterarla sin el consentimiento de las demás, porque no es dueña exclusiva de ella, de manera que la voluntad de una sola basta para coartar la de los demás propietarios.

De aquí proviene el axioma que dice: *In re communi potior est causa prohibentis;* cuyo axioma ha sancionado expresamente el artículo 1,128 del Código, según el cual, ningún medianero puede sin el consentimiento del otro abrir ventana ni hueco alguno en pared medianera. ²

Esta prohibición no es mas que la consecuencia del destino de la pared medianera, pues sin ella se le daría un uso distinto, inconciliable con el derecho del otro propietario de construir ó apoyar su construcción en los lugares de la pared en que se abrieran las ventanas.

Por el contrario, el propietario de una pared no medianera, contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces; pero llenando dos condiciones, que tienen por objeto conciliar el respeto debido al derecho de propiedad del dueño de la pared y el interés del vecino, impidiendo la facilidad de que alguno se introduzca á su finca por las ventanas, que sean un medio de ejercer espionaje molesto, ó los lugares por los cuales se arrojen inmuebles.

1 Tomo II, § 196, nota 1.^a

2 Artículo 1.022, Código civil de 1,884.

Tales condiciones, marcadas por el artículo 1,129 del Código, son las siguientes: ¹

1.^a Que el dueño de la pared abra las ventanas ó huecos para recibir luces á una altura tal, que la parte inferior de la ventana diste del suelo de la vivienda á que da luz, tres metros á lo menos:

2.^a Que en todo caso tengan las ventanas rejas de hierro remetidas en la pared, y red de alambre cuyas mallas tengan tres centímetros ó lo más.

Los términos claros y precisos del precepto á que nos referimos, dejan todo género de duda en tan importante materia, fijando una regla invariable según la cual el propietario no puede abrir ventanas, sino á tres metros de altura del piso de la parte del edificio á que quiera dar luz, cualquiera que sea su destino y la altura á que se encuentre respecto del edificio contiguo.

Fuera de las limitaciones indicadas, la ley no impone ninguna otra al propietario de la pared no medianera, y en consecuencia, puede darles á las ventanas que abriere las dimensiones y formas que mejor le parezcan.

La apertura de las ventanas para procurarse luz, observando las condiciones requeridas por la ley, importa de parte del propietario el ejercicio de su derecho de propiedad, y no la constitución de una servidumbre sobre el fundo vecino: ó lo que es lo mismo, y valiéndonos de las expresiones de varios autores, la apertura de las ventanas se hace no *jure servitutis*, sino *jure dominii*. ²

Consecuencia de esto es, que el ejercicio del derecho del propietario de la pared no encuentre más limitaciones que las indicadas; pero que el vecino que está obligado á respetarlo, conserve íntegro su derecho de propiedad á pesar de la existencia de las ventanas, y pueda, cualquiera que sea el número de años de ella, ejercer libremente las facultades inherentes á su derecho, haciendo construcciones en su fundo, aunque con ellas cubra las ventanas que aquel abrió.

El principio contenido en esta consecuencia ha encontrado la debida sanción en la ley, la cual declara, que, sin embargo de lo dis-

¹ Artículo 1,023, Código civil de 1,884.

² Toullier, tomo III, núm. 518; Demante, tomo II, núm. 532 bis III; Bonnier y Roustain, tomo II, núm. 537; Demolombe, tomo XII, núm. 540 y Aubry y Rau, tomo II, § 196, pág. 209.

puesto en el precepto que señala las condiciones necesarias para que el propietario de una pared divisoria no medianera pueda abrir ventanas en ella, el dueño de la finca vecina pueda construir pared contigua á aquella, ó si adquiere la medianería, apoyarse en la misma pared medianera, aunque de uno ú otro modo cubra los huecos (art. 1,130, Cód. civ.) 1

Se infiere también de lo expuesto, que si las ventanas se han construido sin observar las condiciones requeridas por la ley, no se les puede considerar como establecidas en virtud del ejercicio del derecho de propiedad, y por tanto el dueño del predio vecino puede exigir que se tapien ó que se reformen con arreglo á las prescripciones legales, siempre que no haya trascurrido el término de la prescripción.

Por lo expuesto se comprenderá que las reglas á que nos hemos referido, son las que rigen respecto de la servidumbre de luz, ó *servidum luminum*, como se llamaba antiguamente.

Dijimos al principio de este artículo, al expresar las diferencias que existen entre las servidumbres de luz y de vista, que ésta es mucho más onerosa que aquella, porque facilita los medios de satisfacer una curiosidad indiscreta sobre el interior del edificio contiguo, y de arrojar á él sustancias ó inmundicias; y porque impone al vecino la obligación de no construir, de no ejecutar obras que hagan ilusoria aquella servidumbre, esto es, que tal gravamen implica la servidumbre conocida antiguamente con el nombre *non edificandi, non altius tollendi*.

Por este motivo, y á fin de moderar las consecuencias molestas de la existencia de la servidumbre de luz y de la de prospecto, declara el artículo 1,131 del Código civil, que no se pueden tener ventanas para asomarse, ni balcones, ni otros semejantes voladizos sobre la propiedad del vecino, prolongándolos más allá del límite que separa las heredades; y que tampoco pueden tenerse vistas de costado ó oblicuas sobre la misma propiedad. 2

Los Códigos extranjeros señalan la distancia que debe haber entre el muro en que se establecen las ventanas y aquel que separa la

1 Artículo 1,024, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,025, Código civil de 1,884.

os predios; pero el nuestro omite tal designación, abriendo puerta franca á las cuestiones entre los propietarios sobre el ejercicio de sus respectivos derechos y las facultades que les otorgan.

En efecto: el silencio del Código sobre materia tan importante, puede dar lugar á la presunción de que todo propietario tiene derecho de impedir que su vecino abra huecos ó ventanas en una pared situada á cualquiera distancia de la divisoria, á pretexto de que se siguen molestias y perjuicios, ó bien se puede pretender que todo propietario tiene derecho para abrir ventanas en una pared á cualquiera distancia que se halle de la divisoria; siendo la consecuencia de esta teoría la facultad del propietario de las ventanas para oponerse á que el del fundo vecino pueda ejecutar obras en él, á pretexto de que le disminuye la luz ó de que tiene servidumbre por prescripción.

Ignoramos de qué manera podrán salvar los tribunales las cuestiones que surjan con motivo de tal omisión, porque antes de ahora nada han dispuesto nuestras leyes sobre este punto, y no cabe en el arbitrio de ellos señalar una distancia, cualquiera que sea.

Creemos, sin embargo, que en tan difícil solución deben ocurrir los tribunales á la práctica de una inspección ocular para imponerse personalmente del estado de las cosas, y de las molestias y perjuicios que sufren los contendientes, é ilustrarse con el juicio de peritos.¹

Según dijimos, no pueden tenerse vistas oblicuas ó de costado sobre la propiedad del vecino, si no hay seis decímetros de distancia, á la cual debe medirse, como lo ordena el artículo 1,132 del Código civil, desde la línea de separación de las dos propiedades.²

Las restricciones impuestas por la ley para la apertura de ventanas, á fin de procurarse vista, no constituyen una servidumbre porque no producen el efecto de menoscabar ó disminuir las facultades naturalmente inherentes al derecho de propiedad del vecino, quien en virtud de ellas puede hacer toda clase de construcciones sobre el límite extremo de su fundo.

Cuando se establecen ventanas á una distancia menor que la legal, el vecino á quien le causan molestia y perjuicio puede pedir y

¹ En apoyo de la opinión que emitimos, puede invocarse el artículo 21 del Código civil de 1,884.

² Artículo 1,026, Código civil de 1,884.

obtener que se supriman, y aun cubrirlas haciendo otras construcciones; á no ser que el dueño de la pared en que existen las ventanas haya adquirido por prescripción el derecho de vista, pues en caso, lejos de poder usar de aquella facultad, está obligado á no construir sino á la distancia que previene la ley.

Debemos manifestar en apoyo de esta teoría, que la prohibición legal á que nos referimos no impone una servidumbre, sino que simplemente reglamenta el ejercicio del derecho de propiedad, señalándole sus justos y verdaderos límites; y que aquel que abre ventanas á una distancia menor de la legal, comete una verdadera usurpación por la cual establece un estado de cosas constitutivo de hecho de una servidumbre de vista, que es continua y aparente, y por tanto prescriptible.

Tal teoría ha tenido sus contradictores, pero en cambio tiene su apoyo la autoridad del mayor número de respetables juriscónsultos.¹

VIII.

De la servidumbre legal de desagüe.

Los predios inferiores no están sujetos á recibir las aguas de los superiores, sino cuando caen naturalmente y sin obra del hombre; por consiguiente, no están sujetos á recibir las que se reúnen artificialmente y por medio de una obra.

De aquí se infiere la regla siguiente, sancionada por el artículo 1,133 del Código civil, según la cual, el propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados y azoteas de tal manera, que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo del vecino; y debe ar-

¹ Durantón, tomo V, núm. 326, Duvergier sobre Toullier, tomo III, núm. 3; Marcadé, tomo II, núm. 634; Demante, tomo II, núm. 535, bis II; Solon, núms. 30 y 305; Coulon, Quest. de droit, tomo I, pág. 328; Aubry y Rau, tomo II, § 196; Demolombe, tomo XII, núms. 580 y 581; Laurent, tomo VIII, núms. 61 y 62; y otros muchos autores.

larse de modo que se pierdan en su propio fundo ó que tengan salida para la vía pública. ¹

Aunque el uso de la cosa propia, limitado por el interés de la de otro, es también, según Berlier, una servidumbre, todos los autores opinan que la regla á que nos referimos nada tiene de común con las servidumbres.

En efecto: no hace más que reconocer y sancionar el derecho de propiedad, y está muy lejos de imponerle restricciones de ninguna especie: ó lo que es lo mismo, esa regla es una aplicación de la general, que permite al propietario hacer en el predio de su propiedad lo que le parezca, siempre que no cause perjuicio á su vecino.

Pero esto no quiere decir que el propietario esté obligado á conservar en su predio el agua pluvial que hubiere caído de sus tejados y azoteas, pues si se encuentra enclavado, tiene derecho de exigir á sus vecinos paso para las aguas que hubiere recibido.

El artículo 1,134 del Código civil, vigilando por el interés público, de la vez que por el privado, y fundándose en las consideraciones que motivaron la servidumbre legal de paso, declara, que cuando un predio rústico ó urbano se encuentra enclavado entre otros de manera que no tenga comunicación directa con algún camino, canal ó calle públicos, están obligados los dueños de los predios circunvecinos, á permitir por entre éstos el desagüe del central. ²

Según el mismo precepto, las dimensiones y dirección de conducto de desagüe, se deben fijar por el juez, previo informe de peritos y audiencia de los interesados, observándose en cuanto fuere posible las reglas dadas para la servidumbre de paso. En consecuencia, nuestros lectores pueden aplicar, con la restricción indicada, los principios y teorías que establecimos en el artículo III de esta lección.

¹ Artículo 1,027, Código civil de 1,884. Este precepto fué reformado en los términos siguientes, dándole á la prohibición que contiene, mayor amplitud:

“El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados y azoteas de la manera, que las aguas pluviales no caigan sobre suelo ó edificio vecino.”

² Artículo 1,028, Código civil de 1,884.