

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

espíritu de la ley, y es que los dos co-propietarios 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. Se objetaba el art. 657, por cuyos términos uno de los co-propietarios 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-propietario, 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 (Dalloz, 1848, 2, 103).

2 Metz, 25 de Agosto de 1863 (Dalloz, 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 elevase 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 sufriende 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. ¿Quiéere decir esto que el vecino puede elevar, aun cuando

lo hiciese sin utilidad para él, y perjudicando á su co-propietario? Los autores modernos se pronuncian á favor de la interpretación rigurosa de la ley; una so'a 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-propietario 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-propietario 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 (Daloz, 1864 I, 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-proprietario, 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; no 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? Durantón 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 atenía 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. Durantón, t. 5^o, p. 368, núm. 330. Ducanroy, Bonnier y Roustain, t. 2^o, p. 196, núm. 290.

2 París, 5 de Febrero de 1868 (Daloz, 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 negligencia. 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 pueden 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 vecino. 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 indemnice 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 1848 (Daloz, 1848, 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-propietario 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 a 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-propietario! 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 había yo adquirido la medianería; yo me veo obligado á pagar una indemnización á mis inquilinos, y ningún recurso tengo contra mi co-propietario 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-propietario no puede usar de su derecho de modo que perjudique á su co-propietario; 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-propietarios. 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-propietario ¿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 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 331, 1°).

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

3 Burdeos, 30 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 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. Ciertamente 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). Síguese 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. 5°, p. 374, núm. 333, y todos los autores (Aubry y Rau, t. 2°, 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 conocer las razones que dictaron la disposición del art. 660; por lo que es muy problemático res-

1 Duranton, t. 5º, p. 377, núm. 334. Ducanroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 193, núm. 292. Demolombe, t. 11, p. 418, núm. 375. Demante, t. 2º, 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,