

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 3. De las zanjas medianeras.

I. Casos en qué las zanjas son medianeras.

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