

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Derechos y obligaciones que resultan de la medianería.

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

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

2 Bourges, 26 de Mayo de 1825.

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

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

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

2 Demolombe, t. II, p. 520, núm. 460.

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

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

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

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

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

Núm. 4. De los setos medianeros.

I. Casos en que los setos son medianeros.

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

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

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

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