

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.

Facil 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 sólo 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. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> 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 construído 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, aquélla 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 construída.

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 costó 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 (art. 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, 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 (art. 1,102, Cód. civ.). 2

Así, pués, 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 tienen 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 del artículo 653 del Código Francés, que ha sido objeto de controversias

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 les 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, constando 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 de las que el derecho establece, según se deduce del artículo 1,101, si tienen por objeto demostrar quién de los propietarios colindantes fabricó la pared divisoria, ó que se construyó á expensas de los dos.

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 conocidamente toda la pared, vallado, cerca ó seto, están contruídos 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 armaduras de una de las posesiones y no de la contigua; porque este uso 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 contruída 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 á quién pertenece aquélla; 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.

5.º Cuando la pared divisoria contruída 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; porque la construcción de las paredes en la forma indicada demuestra la intención de aquél de servirse él solo de ellas. Si no fuera así, el colindante 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 inductivas 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 ella, 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 al 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 una pared respecto de la cual presume la ley la medianería; y en-

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

2 De la société, núm. 205.

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

Demolombe hace resaltar la inconveniencia de la teoría combatida, 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 preceptos 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 forme parte, y un jardín, campo, corral ó sitio sin edificio; porque no teniendo interés alguno el dueño del predio sin edificar, y sí el del edificio, no puede presumirse que aquél haya concurrido con éste á la construcción de la pared que ninguna ventaja ó utilidad podía producirle.

7.º Cuando una heredad se halle cerrada ó defendida por vallados, 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 exis-

1 Pardessus, tomo I, núm. 164; Toullier, Droit civil, tomo III, núm. 190; Delvincourt, Cours de Droit civil, tomo I, pág. 554, núm. 5; Duranton, tomo V, número 312 Aubry y Rau, tomo II, pág. 423, nota 23; Demolombe, tomo XI, núm. 339; Laurent tomo VII, núm. 535.

2 Loco cit.

ta en el caso indicado la presunción legal es necesario que los jardines, corrales y predios rústicos queden completamente cerrados, porque 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 á 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, de 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, Código 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 aquélla 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 aprovechan á los dos predios contiguos aunque sea solamente para

1 Artículo 999, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,000, Código civil de 1,884.

el derrame de las aguas; cuya circunstancia demuestra 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. 1

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 aquélla; y si por el contrario, es útil, el colindante no permitiría que su vecino se aprovechara sólo 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 los predios contiguos.

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

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

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

de 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 propietarios 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, zanjas 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 y su 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 al 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 sólo á costear su importe, sino á in-

1 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 reponerlos pagando los daños y perjuicios que se hubieren causado."

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