

cie de expropiación por causa de utilidad privada; en realidad, hay utilidad pública, puesto que la medianería es un elemento de orden y de paz.

La ley favorece, además, la medianería dando á los vecinos un medio fácil de comprobarla; no necesitan título ni posesión, simples presunciones bastan respecto á las paredes, los setos y las zanjas. Cada uno de los vecinos teniendo el mismo interés en la construcción de un cercado, la ley ha establecido como presunción fundada en una probabilidad, que se supone medianero todo cercado existente en el límite separativo de dos heredades, arts. 653, 666 y 670.

Por último, la ley favorece la medianería, dando á los co-propietarios derechos más extensos que los que en general disfrutaban los comunistas. Cuando una cosa es indivisa, uno de los co-propietarios no puede hacer innovaciones sin el consentimiento de los demás; mientras que la ley permite al co-propietario de una pared medianera que dé á ésta mayor altura. No tiene esta diferencia otra explicación que el favor que la ley otorga á la medianería (1).

*Núm. 2. De las paredes medianeras.*

*I. Casos en que son medianeras las paredes.*

496. Una pared es medianera cuando dos vecinos la han hecho construir á expensas comunes en las extremidades de sus heredades, ó cuando habiéndola mandado construir uno de los vecinos en el límite de su predio, el otro ha adquirido de este vecino la comunidad. Así, pues, la medianería es esencialmente voluntaria, es decir, convencional. No se hace uno propietario sino por propia voluntad, la co-propiedad exige también un concurso de vo-

1 Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, ps. 667 y siguientes.

luntades. En el antiguo derecho, los países regidos por las leyes romanas no conocían otra medianería que la que resulta de los contratos. No bastaba que uno de los vecinos quisiera tener un cercado medianero, sino que el otro había de consentir en ello; si se negaba á concurrir en la construcción de una pared común, ó si no quería ceder la medianería de una pared cuya propiedad exclusiva le pertenecía, el vecino debía renunciar á sus planes, y edificar en su predio una pared que en totalidad le perteneciese. Esto no es más que la aplicación rigurosa de los principios romanos: todo propietario es dueño absoluto de su cosa, y hace de ella lo que quiere. En los países regidos por el derecho consuetudinario, el interés público que es inherente á la acción de cercar las propiedades había introducido una restricción en el derecho exclusivo de propiedad: uno de los vecinos podía obligar al otro sea á construir una pared divisoria, sea á cederle la medianería de una pared que le pertenecía. Los autores del código han adoptado en este punto los principios de la costumbre de París; consideran la medianería como un deber de buena vecindad. Así es que, dice la Exposición de motivos, la medianería se clasifica justamente entre las servidumbres legales (1). Esto se aplica únicamente á las paredes divisorias, puesto que las zanjas y los setos quedan bajo el imperio del derecho común. Y aun respecto á la medianería de las paredes, no es exacto decir que constituya una servidumbre. La cesión forzosa de la propiedad es en verdad una restricción de la propiedad; pero no toda restricción impuesta á la propiedad es una servidumbre, porque de lo contrario habría que decir que la propiedad es siempre sierva, porque, por propia naturaleza, se halla sujeta á restricciones, como ya lo hemos dicho; y lo que

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 11 (Loché, t. 4º, p. 180).

es el estado natural de la propiedad no puede considerarse como una servidumbre.

Nada tenemos que decir de la adquisición de la co-propiedad por convenio voluntario. En este caso se aplica el derecho común. Nosotros sólo tenemos que tratar de las derogaciones del derecho común, concerniente á la construcción forzosa de una pared medianera, ó á la adquisición forzosa de la medianería.

a) *De la construcción forzosa de una pared medianera.*

497. El art. 663 establece: "Cada uno puede constreñir á su vecino, en las ciudades y barriadas, á que contribuya á las construcciones y reparaciones del cercado que constituye la separación de las casas, patios y jardines, ubicados en dichas ciudades y barriadas." Estando esta disposición limitada á las ciudades y barriadas, es importante determinar qué comunas son las que forman una ciudad, y hasta donde se extienden las barridas. Generalmente se enseña que incumbe al gobierno decidir si tal comuna es ó no es una ciudad, y si tales habitaciones forman parte de una barriada ó de una comuna rural. No vemos en qué pueda fundarse esta opinión. Cuando se versa algún interés administrativo, sin duda que al gobierno corresponde determinar. Pero en el presente caso, nada tiene que ver la administración, puesto que se trata de imponer ciertos gravámenes á los particulares; siendo la cuestión puramente de interés privado, los tribunales son los únicos que tienen la misión de resolver. Aun cuando hubiese un acto administrativo, creemos que no ligaría al juez, porque dicho acto es extraño. Con mayor razón, los tribunales, en ausencia de todo acto administrativo, no deben declinar la decisión en la autoridad administrativa. Como la ley no ha clasificado las comunas, ni ha determinado los caracteres por los que se reconoce una

ciudad, la cuestión se vuelve una cuestión de hecho. Nada absoluto hay en esta materia. Ciertas comunas prosperan y crecen á ojos vistos, otras languidecen y corren á su ruina: los jueces resolverán según las circunstancias. Se ha juzgado que la palabra *ciudad* implica la idea de una población numerosa á la cual están reunidos algunos establecimientos públicos, para la armonía de la asociación general y de las necesidades civiles y comerciales. Por aplicación de estos principios, la corte de Rennes ha fallado que una comuna que no cuenta más que mil docientas ó mil quinientas almas, que no tiene más establecimientos que los que se encuentran en simples villorrios, no posea ninguno de los atributos característicos de la ciudad (1). La definición se nos figura demasiado mezquina; lo que decide es, menos la cifra de la población que las ocupaciones á que se entrega: si los trabajos son principalmente agrícolas, la comuna es rural: si son comerciales ó industriales, es una ciudad.

Todavía es mayor la dificultad para distinguir el barro del campo. Allí en donde, como en Bélgica, no existen alcabalas, no hay por lo tanto ni puerta, ni murallas, ni fosos, y no hay tampoco barriada propiamente dicha. Por la dificultad no está más que cambiada de lugar; ¿hasta dónde se extiende la ciudad? ¿las habitaciones más ó menos aisladas que se hallan en el límite extremo, son ciudad ó campo? En los lugares en donde la población crece rápidamente, las ciudades acaban por ponerse en contacto con las comunas rurales: ¿habría que comprender á éstas dentro de la ciudad? Esta es cuestión de hecho, lo que ayer era comuna rural, hoy puede volverse ciudad. Los tribunales resolverán en el caso del art. 663, como resuelven de hecho, en el caso del art. 974 (2). Se ha fallado que las

1 Rennes, 9 de Marzo de 1830 (Dalloz, *Servidumbre*, núm, 531).

2 Compárese, Dalloz, "*Servidumbre*," núms. 552 y 553.

comunas limítrofes de Bruselas, tales como Auderlecht, no son más que arrabales de la ciudad (1).

498. Resulta del art. 663 que en el campo cada uno está en libertad para circuir ó nó sus heredades. Cercarse, es en principio un derecho de pura facultad, del cual se usa ó nó, según las propias conveniencias. Así, pues, el cerramiento forzoso es una excepción, y á este título, de interpretación rigurosa (2). ¿Cuáles son las razones de las diferencias que la ley establece entre las ciudades y los campos? Hállase en la discusión una expresión que nos pone en la vía de los motivos de esta diferencia. Tronchet dice que la altura de la pared debe ser suficiente para que garantice la *seguridad* de los dos vecinos (3). Así, pues, la medianería forzosa es una cuestión de seguridad. En efecto, dice Durantou, la seguridad de las personas y de las propiedades está más fácilmente expuesta en las ciudades que en los campos, en razón de la proximidad de las habitaciones, de la extensión de la población y de la importancia de las cosas sujetas á ser robadas. Por esto es que la altura de la pared aumenta en razón de la cifra de la población; mientras mayor es la riqueza mobiliaria, mayor es el riesgo, y con éste deben aumentar las garantías (4).

Si tal es el motivo del cerramiento forzoso hay que decir que es de orden público, y que, por consiguiente, las partes interesadas no podrían derogar la ley. Sin embargo, la cuestión ha sido discutida. Nosotros creemos que la naturaleza misma de esta obligación prueba que es de

1 Bruselas, 19 de Diciembre de 1854 ("Pasierisia," 1857, 2, 80). Compárense los fallos del tribunal de Bruselas, de 25 de Marzo de 1841, y 29 de Junio de 1852, ("Bélgica judicial," t. 10, p. 956).

2 Limoges, 20 de Marzo de 1822 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 553).

3 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 23 (Locré, t. 4º, p. 168).

4 Durantou, t. 5º, p. 330, núm. 319. En el mismo sentido, Demolombe, t. 11, p. 425, núm. 378.

orden público. Es una derogación del derecho de propiedad, una restricción al derecho facultativo de cercarse. Esta restricción no se inspira en un interés privado, la ley no interviene en el arreglo de los intereses individuales, porque nadie los conoce mejor que los mismos individuos. Luego si se permite á uno de los vecinos que obligue al otro á construir una pared medianera, este derecho debe existir por causa de utilidad pública. No se concibe que el legislador diga á los propietarios contiguos: "Uno de ustedes puede obligar al otro á que construya una pared medianera, porque así lo exige la seguridad de las propiedades; sin embargo, os permito que renunciéis á lo que puede hacerse á pesar vuestro, y que convengáis en que vuestras heredades permanezcan abiertas."

Se objeta que si la acción de cercarse fuera de orden público, la administración debería tener el derecho de ordenarla, siendo así que el código deja la iniciativa á las partes interesadas. En efecto, hay algo de ilógico en hacer forzoso el cercarse porque es de orden público, y permitir á los vecinos que no se cerquen. Sin embargo, es muy grande la diferencia entre no cercarse y convenir, á título de servidumbre, que no haya cercado. Este último convenio hiere abiertamente al orden público, porque equivale á decir que renuncie á cercar su heredad aun cuando la falta de cercado favorezca á los ladrones; uno puede descuidar sus intereses, pero no coadyuvar al robo.

Hay otra objeción. Si el art. 663 es de orden público, se dice, tampoco es permitido derogarlo en lo concerniente á la altura de las paredes. El código dice que la altura de la pared divisoria la fijarán los reglamentos particulares ó los usos constantes y reconocidos; á falta de uso y de reglamento, la pared divisoria debe tener la altura determinada por el art. 663, la cual varía según la cifra de

la población, como se puede ver en el texto. Esta disposición originó una discusión en el seno del consejo de Estado. Béranger la criticó, diciendo que embarazaba inútilmente la libertad de los propietarios; Treilhard contestó que si los vecinos estaban de acuerdo, podrían dar á la pared la elevación que gustasen; los demás miembros del consejo que tomaron parte en el debate, fueron del mismo parecer. "Si los vecinos son libres, dijo Tronchet, para celebrar los convenios que gusten, no hay dificultad para resolver que la pared sea de una altura determinada, suficiente para la seguridad de los dos vecinos" (1). Y si las partes interesadas pueden derogar el art. 663, en lo concerniente á la altura de las paredes ¿por qué no habían de poderlo hacer en lo concerniente al cercado mismo? Nosotros contestamos que la diferencia es grande; la altura precisa de la pared es una disposición arbitraria, porque no puede decirse que el interés público esté comprometido cuando la pared tiene un centímetro menos, mientras que sí está comprometido cuando no hay ningún cercado. Nosotros estamos explicando la ley sin justificarla: una disposición absoluta, por más que sea arbitraria, habría sido preferible á la libertad de los convenios, que también conduce á lo arbitrario (2).

Hay una sentencia contraria de la corte de Rennes, pero no tiene ningún valor doctrinal, porque la corte se limita á afirmar, sin dar ningún motivo en apoyo de su opinión, que la obligación impuesta por el art. 663 no es de derecho público (3). Una afirmación no es una prueba.

499. El art. 663 establece el principio del cercado forzoso para las casas, patios y jardines. ¿Es restrictiva esta

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, números 20-23 (Loché, t. 4º, p. 168).

2 Demolombe, t. 11, p. 425, núm. 378, y p. 440, núm. 483 bis.

3 Rennes, 24 de Febrero de 1844 (Daloz, "Servidumbre," número 561).

enumeración? La corte de Burdeos había aceptado la afirmativa; su sentencia fué casada, y con razón. Ciertamente es que la disposición del art. 663 es excepcional, y que podría invocarse el principio según el cual toda excepción es de estricta interpretación. En este punto vemos lo importante que es aplicar los proverbios jurídicos conforme al espíritu que los dictó. Sin duda que el cercado forzoso es una excepción, pero los motivos que la han hecho establecer prueban que debe tener aplicación á todas las formas rústicas, sea cual fuere su naturaleza. ¿La seguridad de las personas y de los bienes estará menos expuesta si una de las heredades es un taller en lugar de ser un patio, ó si es un sitio de paso en lugar de ser un jardín. En este sentido, la excepción constituye una regla general, y la interpretación de esta regla debe ser extensiva. Esto lo acepta la doctrina y la jurisprudencia (1). Sin embargo, la corte de Limoges ha fallado que el art. 663 no es aplicable cuando una de las heredades es una pradera, en razón de su extensión y de su naturaleza (2). Nosotros no percibimos qué tenga de común el art. 663 con la extensión y la naturaleza de los fundos urbanos; ¿no es esto introducir en el texto una distinción que rechazan los términos y el espíritu de la ley?

Hay un motivo para dudar que ha dominado á la corte de casación de Bélgica (3); y es que el art. 663 está tomado del antiguo derecho, y las disposiciones del derecho consuetudinario eran restrictivas, ó se interpretaban en un sentido restrictivo. La corte, por otra parte, niega que el

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 231, nota 1, y las autoridades que citan. Sentencia de casación, de 14 de Mayo de 1828 (Daloz, "Servidumbre," núm. 554, 1º).

2 Limoges, 26 de Mayo de 1838 (Daloz, "Servidumbre," número 554, 2º). Compárese un fallo del tribunal de Epernay, de 26 de Junio de 1868 (Daloz, 1870, 3, 40).

3 Sentencia de casación de 24 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 310).

acto de cercarse forzosamente sea de orden público; en él no ve más que una restricción puramente de interés privado, y por consiguiente, de la más estricta interpretación. En este orden de ideas, el art. 663 sería inaplicable, aun cuando uno de los fundos fuese un taller ó un sitio de tránsito. Nosotros no aceptamos el punto de partida y repeleamos las consecuencias. En cuanto al antiguo derecho sólo tendría autoridad si se probase que los autores del código han querido mantenerlo con su sentido restrictivo. Ahora bien, lo repetimos, nada se encuentra en los trabajos preparatorios á este respecto; luego hay que ajustarse al texto, interpretándolo restrictivamente si en él se ve una excepción de interés privado y extensivamente si en él se ve una regla de interés general; pero es ilógico admitir la interpretación restrictiva y exceptuar únicamente ciertas heredades, como los prados. Esto fué lo que hizo la corte de Limoges, y Demolombe en pos de ella (1).

500. Para que haya lugar á la aplicación del art. 663, es preciso que las heredades sean contiguas. Esta condición resulta del texto y del espíritu de la ley. El código dice que cada uno puede obligar á su *vecino* á la construcción de la cerca que *haga la separación de sus casas*. Luego la cerca es la que separa las casas, lo que implica que no hay terreno intermediario que separe las heredades. Por otra parte, ¿de qué cercado se trata? De una pared divisoria, ó como lo expresa el art. 663, de una *pared de separación*; ahora bien, la medianería supone la contigüedad, y no es concebible cuando las heredades son vecinas sin ser contiguas. Se ha fallado por aplicación de este principio, que no hay lugar al cercado forzoso cuando dos propiedades están separadas por una senda común. Uno de los propietarios pedía la construcción, á gastos comunes, de una pa-

(1) Demolombe, t. 11, p. 439, núm. 382. En sentido contrario, Le-page, "Leyes de los edificios," t. 1°, ps. 103 y siguientes.

red común en la línea que separaba la heredad de su vecino de la senda común. Su pretensión fué rechazada por la corte de París, y á recurso de casación por la corte. Había más de una razón para resolver de esta suerte. Las dos heredades no eran contiguas, lo que ya era decisivo. Como lo dice muy bien la corte, el art. 663, tiene por objeto la tranquilidad y seguridad recíproca entre vecinos; luego no puede tener aplicación sino en el caso de dos propiedades contiguas. Y en el caso de que se trataba no había contigüedad. No debe confundirse este caso con el que acabamos de tratar. La corte de casación ha fallado que el cerramiento puede exigirse aun en provecho de un terreno que no sea más que un simple paso (núm. 499), pero se trataba de un paso que pertenecía exclusivamente al vecino que reclamaba la construcción de una pared divisoria; luego había contigüedad, mientras que, en el nuevo caso, el paso era común, y por lo mismo, no podía pedirse su cerramiento forzoso, porque esto habría sido privar al vecino de la comunicación con su propiedad (1).

501. El art. 663 dice que el "cercado" es forzoso. ¿Qué cosa es este cercado? Lo que sigue del artículo lo explica: es una "pared de separación." Luego si existiese un seto entre dos heredades, esto no sería un cercado en el sentido del art. 663; uno de los vecinos podría obligar al otro á reemplazar el seto por una pared construida á expensas comunes. La ley nada decide en cuanto á los materiales que deben emplearse, ni en cuanto al modo de construcción; para tales detalles que varían de una ciudad á la otra, la ley se refiere tácitamente á los usos locales. Nosotros hemos hablado ya de la altura de la pared. Como Hay alguna dificultad cuando las heredades descansan en un suelo de altura desigual. ¿Se dará á la pared la al-

(1) Sentencia de denegada apelación, de 12 de Julio de 1857 (Dalloz, "Servidumbres," núm. 604, 1°). (Dalloz, 1857, 1, 400).