

tura prescrita por la ley, tomando como base el terreno más bajo? En tal caso, la pared no tendrá la altura legal en el terreno más elevado. Y si se calcula la altura de la pared según el suelo superior, excederá á la altura legal en el suelo inferior; de aquí una cuestión de derecho y de gastos. A nosotros nos parece incontestable que la pared debe tener tal altura, que en el terreno más elevado corresponda á las prescripciones de la ley; y desde el momento en que la pared es medianera por el todo, los gastos deben ser comunes; esto es de la esencia de la medianería. Pardessus agrega una reserva: el propietario de la heredad superior podría, dice él, ofrecer que cavará su terreno, de manera que la pared separativa tenga del lado suyo la altura legal. En efecto, el resultado de este hundimiento de las tierras sería que la pared estuviese á la altura que la ley prescribe, y esto es todo lo que puede exigirse. Así fué fallado por la corte de Angers (1).

502. Cuando uno de los vecinos reclama la construcción de una pared medianera, ¿puede el otro hacer uso del derecho que da el art. 656? Según los términos de este artículo, todo co-propietario de una pared medianera puede dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones abandonando el derecho de medianería. Se pregunta si el co-propietario puede usar de este derecho en las ciudades en donde, según el art. 663, el cerramiento es forzoso. Esta es una cuestión muy controvertida; la jurisprudencia y la doctrina están muy divididas. La corte de casación ha resuelto siempre, que siendo general el derecho consagrado por el art. 656, se aplica á las ciudades como á los campos; pero las cortes de apelación se resisten, y la mayor parte de los autores se pronuncian por la opinión contraria.

(1) Pardessus, t. 1º, p. 361, núm. 150. Angers, 23 de Abril de 1819 (Daloz, "Servidumbre," núm. 604, 1º).

La corte de casación invoca el texto del art. 656, texto general y absoluto, que no distingue entre las ciudades y los campos; y no puede introducirse tal distinción en la ley, porque los arts. 653 y 655, de los que es continuación el 656, la rechazan formalmente: En las "ciudades" y los "campos," dice el art. 653. El art. 655, que pone la reconstrucción y la reparación á cargo de todos los que á ellas tengan derecho, se refiere al art. 653, luego se aplica á las ciudades. En seguida viene el art. 656, que permite emanciparse de aquel gravamen, mediante el abandono de la medianería; luego este abandono es de derecho común. En efecto, esto no es más que la aplicación de un principio general, consagrado por el art. 699; el propietario sometido puede siempre descargarse del gravamen á que está obligado como detentor de un predio sirviente, abandonando éste al propietario del predio al cual se debe la servidumbre.

En la opinión contraria, se contesta, y la respuesta nos parece perentoria, que el texto del art. 663 es también absoluto, y de tal manera imperativo, que se resiste á toda interpretación que permitiera limitarlo, permitiendo al propietario substraerse al cercado forzoso por el abandono de la medianería. "Cada uno, dice la ley, puede "obligar" á su vecino á que construya un cercado que separe sus casas, patios ó jardines." ¿Qué viene á ser de este derecho en la doctrina de la corte de casación? Desaparece para ceder el lugar á una opción; el propietario, requerido para que contribuya á la construcción de una pared medianera, puede escoger, entre consentir ó rehusar abandonando la medianería, es decir, el terreno en el cual debe levantarse la pared, porque nosotros suponemos que la pared no está todavía construida. ¿Puede uno decir con el código que el vecino tiene el derecho de "obligar" á su vecino á construir una pared medianera, cuando éste ten-

dría el derecho de rehusar su concurso? Esto no es interpretar la ley sino hacerla, y en el caso de que tratamos, es abrogarla. Si aquél á quien se quiere obligar á construir un cercado común, no puede ser obligado á ello, se borra el art. 663. Se objeta que el art. 656 es también absoluto, y que, refiriéndose á los artículos que preceden, se aplica á los campos y á las ciudades. Sea, hay dos disposiciones absolutas, y ¿es razón ésta para que se borre una? Si se trata de dos leyes expedidas en fechas diferentes, no se razonaría del mismo modo, porque el primer deber del intérprete sería conciliar las dos leyes. Con mayor razón deben conciliarse dos disposiciones de un mismo código, de un mismo título, de una misma sección. ¿Puede concebirse que el art. 656 derogue el 663? La conciliación es muy sencilla. Existe un cercado voluntario y otro forzoso; los arts. 653, 655 y 656 sólo hablan de los voluntarios, mientras que el 663 habla del forzoso. Y ¿por qué es forzoso? Por motivos de orden público. Estos motivos excluyen la facultad de abandono. ¿Sería comprensible que el legislador dijese que un vecino puede ser obligado por su vecino á construir un cercado común, para garantir la paz y la seguridad, y que, no obstante, permitiese á los vecinos substraerse á este gravamen, y por consiguiente, comprometer el orden público? Esto contesta al argumento que la corte de casación toma del art. 699. Sin duda alguna que el que no está obligado sino como detentor de la cosa puede substraerse al gravamen abandonando la cosa en razón de la cual está obligado, pero esto supone que se trata de un gravamen de interés privado; ahora bien, la corte de casación proclama en todas sus sentencias que el cerramiento forzoso es de orden público; ¿puede uno renunciar una carga que es de orden público? En sus primeras sentencias, la corte de casación invo-

caba también la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado; las sentencias de 1862 y 1864 no hacen ya mención de este argumento, que ha influido en el ánimo de los eruditos intérpretes de Zachariae. Véamos lo que pasó. Antes que todo es importante que conste que el proyecto sometido al consejo de Estado no establecía el cerramiento forzoso, sino que se limitaba á fijar la altura de las paredes medianeras que en lo sucesivo se construyesen ó restableciesen (art. 25). Bèrenger dijo que esta disposición embarazaba inútilmente la libertad de los propietarios. Sobre esto se entabló un debate: ¿debía fijarse la altura de las paredes en la ley? ¿ó había que consultar los usos locales? Berlier hizo notar que el artículo propuesto sería de una ejecución más fácil, si en él se expresara que el propietario requerido á contribuir al cerramiento puede dispensarse de esto renunciando á la medianería, y cediendo la mitad del sitio sobre el cual debe construirse la pared; este derecho de opción existía en varias costumbres. Tronchet contestó que esta disposición estaba expresa en el art. 656. Hé aquí, se dice, la interpretación auténtica de la ley. Si se hubiera discutido el sentido y la extensión del art. 663 que establece el cerramiento forzoso, y si el consejo de Estado se hubiese apropiado la opinión de Tronchet por un voto, aceptaríamos la autoridad que se atribuye á la discusión. Pero el cerramiento forzoso, aunque supuesto por Berlier, no estaba aún inscrito en el código. Bigot-Préameneu fué el primero que hizo la observación. En seguida, volvióse al debate sobre la altura de la pared de separación. ¿Y qué fué lo que el consejo resolvió? La remisión del expediente á la sección de legislación (1). Tal es la discusión que pretenden sea decisiva.

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, números 20-24 (Loché, t. 4º, p. 168).

Si ha de decirse la verdad, la cuestión que nosotros estamos agitando no se debatió en el consejo de Estado; sólo incidentalmente emitió Tronchet una opinión sobre el sentido del art. 656; esta opinión permaneció aislada, y no se volvió á insistir. Así, pues, la interpretación que al consejo se atribuye no es otra cosa que el parecer de uno de sus miembros. Sea cual fuere nuestro respeto hacia la autoridad de Tronchet, damos la preferencia al texto y al espíritu de la ley.

503. ¿El que construye una pared de cerramiento en su heredad, puede obligar á su vecino á que adquiera la medianería? Esta cuestión también es debatida; á nosotros no nos parece dudosa, porque el texto la resuelve. Permite al que quiere construir una pared medianera que obligue á su vecino á contribuir, á él incumbe usar de este derecho si es que quiere un cerramiento común. Si no lo usa, no puede ejercer después un derecho que no le concede la ley, es decir, obligar á su vecino á que compre la medianería. En vano se dice que este último derecho es una consecuencia del primero. Únicamente al legislador corresponde sacar esta consecuencia, porque se trata de derechos enteramente excepcionales, de derogaciones al derecho de propiedad y á la libertad de los propietarios; estas restricciones son de la más estrecha interpretación, y esto decide la cuestión. Se ha imaginado quien sabe qué mandato en cuya virtud el propietario que construye lo habría hecho á nombre de su vecino. Nosotros estábamos en la creencia de que el mandato era voluntario, y parece que aquí se trata de un mandato forzoso. Estas son suposiciones enteramente gratuitas que los autores hacen urgidos por la discusión y de las que rogamos á nuestros jóvenes lectores que desconfíen.

Hay, sin embargo, un caso en el cual el que ha construido la pared puede obligar á su vecino á elavar un cer-

cado nuevo. Supónese que la pared, que era propiedad exclusiva de uno de los vecinos, cae en ruina; en este caso deja de haber muro separativo de las dos heredades, y por consiguiente, se vuelve al texto y al espíritu del art. 663. La corte de Brusela así lo ha fallado, y el caso no da lugar á dudas (1).

c) *Del derecho de adquirir la medianería.*

#### I. Condiciones.

504. El art. 661 dice: "Todo propietario que se acerque á una pared tiene la facultad de hacerla medianera, en todo ó en parte, reembolsando al dueño de la pared la mitad del valor de la porción que quiere hacer medianera, y la mitad del valor del suelo en el cual la pared está edificada. Conforme al rigor de los principios, la adquisición de la medianería debería ser voluntaria; los autores del código la han considerado como un deber de buena vecindad; la Exposición de motivos dice que se han querido prevenir las repulsas dictadas por el mal humor y el capricho. Berlier confiesa que á aquél á quien se pide la medianería puede tener interés en rehusarla (2); ¿por qué entonces sacrifica la ley este interés y obliga al vecino á que ceda contra su voluntad la co-propiedad de una pared que tiene interés en conservar? La única razón que se encuentra en los autores, es que con esto se evita la construcción de paredes inútiles y la pérdida de terreno que ocasionarian, al mismo tiempo se da mayor seguridad á las habitaciones y ponen las ciudades con un aspecto más agradable (3). Este último motivo no es más que secundario, supuesto que la ley se aplica á los campos tanto como á las ciudades; en las ciudades, por otra parte, se

1 Bruselas, 17 de Mayo de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 247).

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 11 (*Loché*, t. 4°, p. 180).

3 Durantón, t. 5°, p. 342, núm. 321.

tiene el cerramiento forzoso; pero el interés general, que exige que no se pierda un terreno precioso en inútiles construcciones, es suficiente para justificar la disposición del art. 661, porque el interés general tiene que predominar sobre las conveniencias privadas.

505. Supuesto que esta especie de expropiación está fundada en un interés general, infiérese que el que pide la cesión de la medianería no está obligado á probar un interés cualquiera que hubiese en volverse co-propietario; tampoco se puede oponerle la prescripción, porque no prescribe el interés público. Del mismo modo el que es propietario exclusivo no puede invocar el interés que tendría en conservar su derecho en toda su integridad. El tiene practicadas luces en su pared, cuando el cerramiento se haya hecho medianero, y le pedirán la supresión de aquéllas; así, pues, tendría mucho interés en rehusar la cesión, y precisamente por esto se le obliga. ¿No ha elevado el legislador demasiado lejos el favor que dispensa á la medianería? Nosotros así lo creemos, pero débese aceptar la ley tal como es, con todas sus consecuencias. La comparación entre el art. 661 y el 194 de la costumbre de París no deja duda alguna acerca del carácter absoluto del derecho que el código ha consagrado. El art. 194 parecía concebido en términos restrictivos, porque decía: "Si alguien quiere construir contra una pared medianera, puede hacerlo pagando la mitad." Esto era equivalente á subordinar la facultad de adquirir la medianería con una condición, la de edificar; en efecto, los motivos que se dan para justificar esta restricción á la propiedad implican que el vecino que pide la cesión de la medianería, quiere construir. Pero el código no reproduce esta condición; aun en el antiguo derecho se sostenía que los términos de la costumbre era renunciativos, que prevenían el caso ordinario, aquél en que el vecino quiere edificar, sin

querer excluir los demás casos. Esta amplia interpretación es la que los autores del código han sancionado suprimiendo las palabras que parecían implicar una condición restrictiva. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido (1).

506. Del principio que el derecho de exigir la cesión de la medianería es absoluto, se sigue que el que la ha abdicado, por dispensarse de contribuir á las reparaciones y construcciones de una pared medianera, puede, no obstante, ejercer el derecho consagrado por el art. 661. La costumbre de París resolvía formalmente que podía volver á su primer derecho (art. 212), después de haber abandonado la medianería, y los autores modernos enseñan la misma doctrina (2). ¿Cómo ha de ser que el que ha renunciado al derecho de medianería puede arrepentirse de su renuncia? Una sola explicación vemos para esta facultad, y es que la renuncia al derecho de adquirir la medianería no se admite. Debe permitirse al que es co-propietario de una cosa que abandone su propiedad; y aun en nuestra opinión, este derecho cesa cuando se opone un interés general, y tal es el caso del cerramiento forzoso previsto por el art. 663. No siendo forzoso el cercado en el campo, nada impide que se abdique la co-propiedad de una pared medianera. Pero esto no implica que se renuncie al derecho de adquirir la medianería cuando existe un interés cualquiera. Sólo que la ley habría debido exigir un interés, y nosotros no vemos otro que el que indicaba la costumbre de París, es decir, la voluntad de edificar. Cuando el vecino quiere edificar, se comprende muy bien que pueda adquirir la medianería después de haberla abdicado.

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 430, nota 57, y por Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 456; sentencia de casación, de 3 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 185 y la nota).

2 Demolombe, t. 11, p. 397, núm. 357. Aubry y Rau, t. 2º, p. 431, nota 59.

do; porque en el momento en que él la abandonó, no habra construcción que se apoyase en la pared; luego no habra necesidad de la pared; mientras que si quiere edificar, sí se necesita, y esta necesidad se liga con un interés general. En el sistema del código, por el contrario, hay algo contradictorio: autoriza el abandono de la medianería para dispensarse de gravámenes, y en seguida permite la adquisición forzosa de la medianería, sin interés de ninguna clase.

De esto nace una dificultad muy seria. ¿Se puede renunciar al derecho de adquirir la medianería? Están contestes los autores en admitir la validez de esta renuncia, porque, dicen ellos, la facultad de adquirir la medianería no presenta ningún carácter de orden público (1). Esto nos parece muy dudoso. ¿Por qué permite la ley la expropiación forzosa de uno de los vecinos en provecho del otro? ¿No supone esto que se versa algún interés general? ¿Por qué la ley permite al que ha abandonado la medianería que la recobre, por más que dicho abandono implique una renuncia? ¿no es porque hay en juego un interés general? Sin duda que la ley no es lógica, porque no ha definido ese interés, lo que es origen de incertidumbres y de contradicciones. De todos modos, es difícil concebir que el co-propietario de una pared medianera pueda arrepentirse del abandono que ha hecho de su co-propiedad, y que no pueda arrepentirse de una renuncia que hiciere del derecho de adquirir la medianería. La ley es inconsecuente, es cierto; pero precisa hacerla por lo menos tan consecuente como sea posible.

Hay otra dificultad muy seria. El propietario del fundo que se acerca á la pared la grava con la servidumbre de no edificar, ó de no edificar sino á cierta distancia.

1 Aubry y Rau, t. 2, p. 431, y las autoridades que se hallan citadas en la nota 60.

¿Puede tambien en este caso adquirir la medianería de la pared? Nó, y por lo menos no puede adquirirla sino con el efecto de que el vecino tenga el derecho de construir contra la pared. ¿No es esto equivalente á renunciar al derecho de adquirir la medianería? Cuando decimos que la renuncia á este derecho es nula, queremos hablar de una renuncia hecha por el que tiene derecho á construir; entonces hay un interés público en la cesión forzosa de la medianería, que se opone, á nuestro juicio, á que se renuncie á ella. Pero si el vecino deja de tener derecho á construir, cesa el interés público, y por consiguiente, la renuncia es de interés privado. Así, pues, la dificultad se ha movido de lugar; consiste en saber si se puede renunciar al derecho de edificar. La afirmativa es clara; el legislador admite esa restricción al derecho de propiedad, porque, si ella deprecia el fundo sirviente, aumenta en cambio la utilidad del fundo dominante, y en este sentido la restricción se concilia con el interés general. Sigue-se de aquí que se puede renunciar indirectamente á adquirir la medianería, por lo menos con el fin de edificar, sometiéndose á una servidumbre cualquiera que impida edificar, sea de una manera absoluta, sea á una cierta distancia ó á una cierta altura (1).

507. El art. 661 dice: "Todo propietario que "se acerque" á una pared." Luego se necesita la contigüedad para que el vecino tenga la facultad de volver medianera la pared. El texto es formal, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. Trátase de adquirir la medianería de una pared, y la ley supone, como lo decía la costumbre de París, que es con el objeto de edificar; ahora bien, para edificar, se necesita ser propietario del terreno que toca á la pared; si este terreno pertenece al propietario de la pared, hay

1 Orleans, 1º de Diciembre de 1848 (Daloz, 2, 22). Sentencia de denegada apelación, de 24 de Julio de 1850, 1, 264.