

que expropiarlo, que obligarlo á que venda el terreno: la ley no permite la expropiación sino por causa de utilidad pública. Obligar al propietario de la pared á que ceda la co-propiedad es ya una grave derogación del derecho de propiedad; no se puede ir más lejos sin salir de los límites de la ley. Se objeta que el vecino puede pedir la medianería, aun cuando no tenga la intención de edificar. Sin duda que sí; de todas maneras, la medianería supone la contigüedad, porque en efecto, ¿qué cosa es una pared medianera? Es la que separa dos heredades; ahora bien, ya no puede decirse que la pared separa las dos heredades, cuando hay un terreno intermedio entre la pared y el fundo vecino.

El principio es incontestable, pero su aplicación suscita una dificultad seria. Se supone que el que edifica deja un pequeño espacio entre la pared y la línea separativa de las dos heredades; así es que precisamente construye para impedir que su vecino pida la medianería. ¿El vecino podrá, no obstante, adquirirla? Si el espacio es bastante grande para que sea útil al propietario de la pared, sea para que se derramen las aguas pluviales ó las de usos domésticos, sea para poner una escala por donde circulen trabajadores, no hay duda ninguna: ya no se está ni en el texto, ni en el espíritu del art. 661. Pero si el espacio es tan angosto que no pudiera ser de ninguna utilidad al propietario de la pared, si únicamente lo ha dejado para impedir que su vecino reclame la medianería, la cuestión se hace dudosa. La corte de casación ha resuelto que el vecino no podía adquirir la medianería cuando no había contigüedad absoluta. Ella ha concluido que el propietario tiene el derecho de eximirse de esa servidumbre y de asegurarse la propiedad exclusiva de su pared, dejando más allá un espacio intermedio que lo proteja contra el ejercicio de la facultad introducida por el art. 661. La corte de Ren-

nes había fallado en sentido contrario, fundándose en que el terreno intermedio formaba un callejón sin salida, de ninguna utilidad; la sentencia dice que el propietario se rehusaba á ceder la medianería sin interés, por mala índole, malevolencia y espíritu de chicana. A lo que contesta la corte de casación, que por poco importante que sea el terreno intermedio, es suficiente para mantener el derecho que el propietario ha pretendido reservarse. No se tiene derecho á averiguar, agrega la corte, los motivos que lo determinan á proceder de esa manera; él usa de su derecho de propiedad, y el juez no puede inquirir los motivos por los cuales hace éste ó el otro uso de aquél derecho (1).

Nos parece que esa decisión se halla en oposición con el principio que la jurisprudencia proclama en todas ocasiones, y es porque el art. 661 se funda en un motivo de utilidad pública. Así, pues, la disposición es de interés general. Por lo mismo no puede depender de los propietarios hacer imposible su aplicación, dejando un angosto espacio de terreno más allá de la pared de cerramiento; precisamente esos callejones sin salida son los que la ley ha querido impedir. Ahora bien, ¿acaso no es de principio que las leyes concernientes al orden público deben observarse siempre? ¿y eludirlas no equivale á violarlas? Esto se llama defraudar la ley, y lo que se hace con fraude de la ley es nulo (2). Todo lo que el propietario puede pedir, es que el vecino que reclama la medianería lo indemnice del valor que puede tener el terreno intermedio.

1 Sentencia de casación, de 26 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 175. En el mismo sentido, Douai, 7 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1847, 4, 446; Aubry y Rau, t. 2º, p. 429, nota 50, y los autores que citan).  
2 Gante, 18 de Mayo de 1870 (Pasicrisia, 1870, 2, 358). En el mismo sentido, Bourges, 9 de Diciembre de 1837 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 460). Caen, 27 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 204). Demolombe, t. 11, p. 394, núm. 354, y los autores que cita.

508. ¿Qué es lo que debe entenderse en el art. 661 por la palabra *pared*? La corte de casación ha fallado, y con razón, que la ley se aplica á todo género de cercado. En el caso al debate, había un cercado de planchas de madera, conocido en el Havre con el nombre de *término*. El tribunal había admitido que el vecino adquiriere la medianería. Esto equivalía á extender la disposición del artículo 661 á un caso que el texto no prevee; ahora bien, la disposición es una derogación del principio según el cual nadie puede ser obligado á ceder en todo ó en parte su propiedad; luego ella es esencialmente excepcional, y por lo tanto, de estricta interpretación. La corte agrega que los motivos que han hecho que se admita la cesión de la medianería de las paredes no existen respecto á los cerramientos con tablas; en efecto, la juxtaposición de las tablas no tiene los mismos inconvenientes que la de las paredes. ¿Quiére decir esto que el vecino no pueda pedir que se reemplace el cerramiento con tablas por una pared? En las ciudades, cada uno puede obligar á su vecino á que construya una pared cuya altura la fija la ley; como un cerramiento con tablas no es una pared, el vecino puede ciertamente exigir que se reemplace por una pared; pero en los campos, el art. 663 no es aplicable, luego el propietario podría negarse á ceder la medianería de una cerca con tablas, salvo que el vecino por su lado se encierre como se le ocurra (1).

509. ¿Es aplicable el art. 661 cuando la pared cuya medianería quiere adquirir el vecino pertenece á un edificio que depende del dominio público? La jurisprudencia y la doctrina están contestes en resolver que no es aplicable el art. 661. Por esto es que se ha fallado que no se puede

1 Sentencia de casación, de 15 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 56). Sentencia de denegada apelación, de 1º de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 125). Aubry y Rau, t. 2º, p. 429 y nota 52,

reclamar la medianería de una pared que forma parte de una capilla, de una iglesia (1), de un cementerio (2). Todas estas decisiones se fundan en un sólo y mismo motivo: los inmuebles que dependen del dominio público no están en el comercio, luego no pueden gravarse con una servidumbre (3). Nosotros ya examinamos la cuestión de principio en el núm. 130. A nuestro juicio, no es exacto asentar como regla general y absoluta que las dependencias del dominio público no puedan ser objeto de convenios, ni gravarse con derechos reales, notablemente con servidumbres legales; para probarlo, basta recordar el art. 681 que establece una servidumbre legal sobre la vía pública, la cual forma, sin embargo, parte del dominio público, sea del Estado, sea de la provincia, sea de la comuna. ¿Quiére decir esto que en el caso que nos ocupa se hayan engañado los autores y los tribunales? Nosotros adoptamos su decisión, pero fundándola en otro motivo.

En materia de medianería, no se trata de servidumbres. Ciertamente es que el código coloca la medianería entre las servidumbres legales, y las sentencias califican de servidumbre la obligación que el art. 661 impone á todo propietario de ceder la medianería de su pared. Este lenguaje es impropio. La medianería, sea cual fuere la manera como se adquiriera, es una co-propiedad. Así, pues, la cuestión no depende de saber si los bienes del dominio público pueden gravarse con una servidumbre, sino que debe plantearse en los siguientes términos: ¿puede una pared ser la co-propiedad del dominio público y del dominio privado? Planteada de esta suerte, la cuestión no es dudosa. No se concibe que un inmueble sea á la vez una dependencia del dominio público y una propiedad particular,

1 Véase este tomo, núm. 140. Lieja, 5 de Diciembre de 1860 (Páris, 1864, 2, 280).

2 Fallo de Lyon, de 24 de Enero de 1866 (Dalloz, 1867, 3, 45).

3 En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. 2º, p. 429 y nota 51.

lo que habría que admitir si la pared fuese medianera; porque la medianería es una co-propiedad que recae indivisamente sobre todas las partes de la cosa común. En el caso que nos ocupa, esto es jurídicamente imposible, porque el dominio público y el privado son dos derechos de naturaleza diferente; uno está en el comercio, y el otro nó; ¿y una sola y misma cosa puede á la vez estar y no estar en el comercio? ¿ser enagenable é inalienable? ¿prescriptible é imprescriptible? Esto no es concebible, luego tampoco lo es la medianería entre el dominio público y el privado. Hay una sentencia de la corte de casación que se acerca á nuestra doctrina. El caso era que un propietario pedía que la comuna le cediese la medianería de una pared que sostenía una plaza pública. Si se hubiera tratado de una simple servidumbre, la corte habría tenido razón en decir que la naturaleza y el destino de la plaza pública no impiden que los habitantes construyan contra la pared; por el contrario, la plaza pública se destina á verse rodeada de habitaciones; por lo mismo habría debido decidirse, en nuestra opinión, que el muro de sostén de la plaza pública podía gravarse con una servidumbre legal. Pero no se trataba de servidumbre, y por eso la corte de casación no pronuncia la palabra. Parte del principio que las plazas públicas de las ciudades y villas son dependencias del dominio público, y por tal título son inalienables é imprescriptibles. En seguida dice que la medianería de una pared da al que la obtiene la *co-propiedad* de esa pared; de donde se infiere que la pared de sostenimiento de la plaza pública no podía volverse medianera, porque la pared, tanto como la plaza pública, es inalienable é imprescriptible (1).

510. No siempre es consecuente la jurisprudencia con

1 Sentencia precitada, de 16 de Junio de 1856 (p. 587, nota 5).

el principio en que se funda. Se ha fallado que la pared de la casa de la prefectura puede volverse medianera por aplicación del art. 661. La sentencia avanza como principio que no basta que un inmueble se destine á un servicio público para que pueda decirse que por su naturaleza está fuera del comercio (1). *Por su naturaleza, nó*, pero por su afectación, al uso de todos. De lo contrario, ¿cómo se sabría si un bien, que por su naturaleza se halla en el comercio, está fuera de él por el destino que se le da? ¿En dónde está la diferencia legal entre las casas consistoriales, la casa de la prefectura y una plaza pública?

Un presbiterio no se destina á un servicio público. El ministerio de gobernación, en Francia, ha decidido que el vecino puede volver medianera la pared de un presbiterio. La decisión se funda en que "parece que los presbiterios no presentan el carácter de bienes colocados fuera del comercio" (2). Acabamos de decir en qué sentido puede conciliarse esta decisión con la opinión que hemos enseñado.

Los cementerios, en cambio, están fuera del comercio. Se ha fallado que una comuna podía adquirir la medianería de una pared que se arrima á un cementerio, por más que los vecinos no puedan pedir la medianería de la pared de cerramiento de un cementerio. Muy bien se puede, dice el tribunal de Lyon, tener una servidumbre en una heredad privada en provecho de una heredad pública; pero no se puede tener una servidumbre en un bien de dominio público en provecho de una heredad privada (3). Si se admite nuestra opinión, la decisión será muy diversa. La medianería no es una servidumbre, sino una co-propiedad. Ahora bien, es imposible que una sola y misma

1 París, 18 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 178).

2 "Boletín del ministerio de la gobernación de Francia," 1868, página 15.

3 Fallo precitado, de Lyon, de 24 de Enero de 1866.

ma cosa sea común, si el derecho de cada uno de los comunistas es de naturaleza diferente; esta diferencia excluye la idea de comunidad. Por lo mismo ¿qué importa quién pida la co-propiedad? Que se reclame á nombre del dominio público ó á nombre del privado, de todas maneras hay incompatibilidad en que estos dos dominios concurren en una sola y misma cosa.

511. Según el art. 661, se puede adquirir la medianería en todo ó en parte. Esto depende del interés que tenga el propietario que reclama la cesión de la co-propiedad. El que compra la medianería para edificar puede construir una casa menos amplia, menos alta que la de su vecino, y no sería justo que debiese pagar la parte de la pared de que no se aprovecha. Pero ¿puede él pedir la co-propiedad de una parte del espesor de la pared? Ya era debatida la cuestión en el antiguo derecho (1), y hay alguna duda. Dícese que el texto no distingue; pero el antiguo proverbio de que en donde la ley no distingue, no es permitido distinguir, es de una aplicación muy delicada. Casos hay en que es preciso distinguir, y es cuando el motivo mismo en que se funda la ley nos obliga á distinguir. ¿Y no es así en el caso de que se trata? Pothier dice que el que solamente comprase una parte del espesor no por ello dejaría de aprovechar el espesor entero, lo que sería injusto. Luego si el vecino reclama la cesión de la medianería para edificar, parécenos que debe pagar toda la pared de que se aprovecha. Si no fuera para edificar, el juez podría, según las circunstancias, admitir una cesión parcial, porque el texto no se opone á ello.

512. El que reclama la medianería debe reembolsar al propietario la mitad de su valor, dice el art. 661, ó la mitad del valor de la porción que quiere hacer medianera, y la mitad del valor del suelo en el cual se edifica la pa-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 251.

red. La ley establece una diferencia entre el suelo y la pared. El que pide la cesión parcial de la medianería no debe pagar más que la mitad de la parte de pared que quiere comprar, pero debe siempre la mitad del suelo. Otro supone que la carga que el suelo soporta es la misma, sea cual fuere la altura de la pared, lo que evidentemente no es exacto. Cuando se trata de elevar la pared medianera, la ley tiene en cuenta el recargo de masa que de ello resulta para el suelo. Ella habría debido también tener en cuenta la carga menor que sobre el suelo pesa, cuando la pared no es medianera sino hasta cierta altura.

En cuanto á la pared, el vecino que pide la cesión de la medianería debe pagar la mitad del valor de aquella. Así es que no es la mitad del gasto que erogó el propietario al construirla. La cesión de la medianería es una venta; ahora bien, dice Pothier, el precio de una cosa que se vende es el que ésta tiene á la hora de la venta. Luego deben tomarse en consideración el estado de la pared, su solidez y los materiales con que está construida. Conforme á este principio es como debe resolverse la cuestión de saber si el adquirente debe pagar el valor de las piedras labradas que constituyen el cerramiento, siendo así que le habría bastado con una pared de morillos. El debe el valor, dice el código, lo que es decisivo; por otra parte, el se aprovecha de la solidez que prestan los materiales mejores. Distinta es la cuestión de saber si el comprador debe la mitad del valor de los cimientos cuando el propietario los ha construido más sólidos en razón de una fosa de inodores que exige bases de una solidez extraordinaria. Siempre se ha aceptado, por seguir un temperamento de equidad, que en este caso el comprador no debe más que la mitad del valor de cimientos comunes. Esta era la opinión de Pothier, lo que es de gran peso en una materia que los

autores del código han tomado del derecho consuetudinario (1). 513. Lo más frecuentemente, la adquisición de la medianería da lugar á un reconocimiento pericial en el caso previsto por el art. 661, porque el propietario de la pared casi no puede conocer el valor de la medianería cuya cesión se solicita. ¿Quién reportará los gastos del reconocimiento? Se ha fallado que los gastos eran siempre á cargo del adquirente, aun cuando hubiese hecho ofertas suficientes. Las sentencias dicen que los gastos accesorios de la venta debe reportarlos el comprador; el art. 1593 así lo dice de la venta voluntaria, luego con mayor razón debe ser así cuando el vendedor se ve obligado á vender por interés y á demanda del que compra. En cuanto á las ofertas que hace el comprador, no pueden dispensarlo de aquella obligación, por la razón que acabamos de exponer; si el propietario de la pared las rehusa, no es porque pretenda que el precio ofrecido sea insuficiente, sino porque ignora el verdadero valor de la cosa, valor que sólo pueden estimar las personas de la profesión (2). Estas decisiones se fundan en el derecho y en la equidad. Hay, no obstante, una reserva que hacer. Si el propietario pusiere en duda el resultado del reconocimiento pericial, habría litigio y los gastos de éste, incluso los del reconocimiento, recaerían sobre el que perdiese: esto es de derecho común (3).

#### II. Derechos del adquirente.

514. Según los términos del art. 661, la pared cuya medianería pide el vecino se vuelve medianera, lo que quie-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 250, y los autores citados por Dalloz, *Servidumbre*, núm. 466.

2 Riom, 11 de Julio de 1838, y Limoges, 12 de Abril de 1820 (Dalloz, "Servidumbre," núm. 467).

3 Hay pareceres diversos acerca de este punto. Véase, Aubry y Rau, t. 2º, p. 430, nota 56, y Demolombe, t. 11, p. 406, núm. 366.

re decir que el comprador se hace co-propietario de ella. Sígnese de esto que el propietario sólo puede ejercer el derecho establecido por este artículo. La ley dice: "Todo propietario." En efecto, la pared medianera es un accesorio del inmueble que cierra; para ser propietario de lo accesorio, hay que serlo de lo principal. Así, pues, el que no es propietario de la heredad que se pone en contacto con la pared, no puede adquirir la medianería. Hay acuerdo en decir que el arrendatario no tiene este derecho; no lo tiene en su propio nombre, puesto que es un simple detentor; no lo tiene en nombre del arrendador, puesto que ninguna calidad tiene para promover á nombre de éste, y éste no puede hacerse propietario á su pesar. La corte de Bruselas ha resuelto lo contrario en un caso en que el contrato de arrendamiento daba al locatario el derecho de edificar (1). Esto fué mal fallado, porque el derecho de edificar no da derecho al tomador sino respecto al arrendador, pero ninguno le da respecto al propietario de la pared. Ordinariamente se decide que el usufructuario, el enfiteuta, y por consiguiente el superficiario, que tienen un derecho real en la cosa, pueden por esto mismo reclamar la medianería de la pared en virtud del art. 661 (2). Creemos nosotros que el derecho real que pertenece al poseedor no le da ninguna calidad para exigir la cesión de la medianería. No olvidemos que de lo que se trata es de comprar á título de accesorio la co-propiedad de una pared; ahora bien, el derecho real no confiere la propiedad. El usufructuario es poseedor precario en cuanto á la propiedad; así, pues, ¿con qué derecho compraría una dependencia del predio de que simplemente disfruta? El compraría, en definitiva, para el nudo propietario, pero ¿quién

1 Bruselas, 16 de Enero de 1819 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 455).

2 Demolombe, t. 11, p. 394, núm. 353.