

le da este derecho? Hay que ajustarse al texto; el propietario es el único que puede pedir la cesión forzosa de la co-propiedad de la pared.

515. ¿Cuál es el efecto de la adquisición de la medianería? El que adquiere se vuelve co-propietario de la pared, y en consecuencia, el vendedor cesa de ser propietario exclusivo, y sus derechos no son más que los de un comunista. Que esto sea así después de la cesión, es de toda evidencia. ¿Pero la cesión no tiene un efecto retroactivo? La doctrina y la jurisprudencia admiten casi generalmente la retroactividad (1). Se asienta como principio que si el cedente ha practicado en la pared, cuando tenía su propiedad exclusiva, ciertas obras que no podría ejecutar á título de comunista, el adquirente puede pedir su supresión; de suerte que se reputa que la pared fué siempre medianera.

Esta doctrina nos parece muy dudosa. Está en oposición con los principios generales de derecho. La retroactividad de la medianería es una ficción: de hecho y de derecho, la pared ha sido la propiedad exclusiva del que la construyó en su predio; cuando se ve obligado á ceder su co-propiedad, se opera una mutación, y el predio cambia de naturaleza; ahora bien, toda modificación que se lleva á cabo en el estado de los bienes no tiene efecto sino para el porvenir. Si se quiere considerar la medianería como una servidumbre, se llega á la misma consecuencia. La pared era libre, y ahora está gravada con una servidumbre; ¿acaso la sumisión de una heredad retroacciona? ¿acaso se considera al fundo sirviente como que jamás ha sido libre? Ciertamente que nó; no está sometido sino para el porvenir, salvo que las partes contrayentes arreglen y modifiquen el pasado, si lo juzgan conveniente. En

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 431 y nota 61. Sentencia de casación, de 10 de Julio de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 139).

ausencia de convenciones, debe decidirse que el comprador toma el predio en el estado en que se encuentre; si el vendedor ha practicado en la cosa algunos trabajos que alteren su condición en su provecho, el comprador está obligado á respetarlos y á mantenerlos. En efecto, el vendedor de la pared tenía el derecho de emprender aquellos trabajos; ahora bien, los actos ejecutados en virtud de la ley son y permanecen válidos, á menos que lo resuelvan de otro modo las partes interesadas ó la ley. De todas maneras venimos á parar en esta consecuencia que, á falta de convenios, la retroactividad no podría existir sino en virtud de la ley. Esta es una ficción, y sólo el legislador tiene derecho á crearla. Trátase de destruir trabajos emprendidos legitimamente; si las partes contrayentes no han consentido en esa destrucción, el legislador es el único que puede destruir lo que ha permitido que se construya. Si se necesita un texto para que haya retroactividad, la cuestión está resuelta, porque no existe texto. Esto es lo que vamos á ver entrando en los pormenores de esta difícil materia.

516. El vendedor había construido chimeneas en la pared de la que era propietario exclusivo. Se ve forzado á ceder la medianería; ¿puede el comprador pedir la supresión de las chimeneas? Pardessus contesta con nosotros que el adquirente no tiene derecho á destruir las chimeneas porque no ha adquirido la medianería de la pared sino en el estado en que ésta se hallaba. La corte de Poitiers dice como nosotros, que ninguna disposición del código civil establece efecto restrictivo en favor del que adquiere la medianería (1). El art. 661 dice que todo propietario que se pone en contacto con una pared tiene la facultad de volverla medianera. Esto implica que la pared se vuelve

1 Pardessus, t. 1º, p. 397, núm. 172. Poitiers, 28 de Diciembre de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 471, 1º).

medianera á contar desde la cesión. El texto no deja duda alguna; y habría una duda respecto á que se debería interpretar la ley en favor del vendedor; porque ella impone una grave restricción al derecho de propiedad; obliga al propietario á que ceda la co-propiedad de una cosa cuya propiedad exclusiva le interesaría quizás conservar. Por tal título, el art. 661 es una excepción, y las excepciones son siempre de interpretación rigurosa. Parece que la corte de casación consagró la misma doctrina. Tratábase de que el vendedor había asegurado en la pared el mástil principal de una máquina de vapor; el comprador pidió su supresión. La corte de París decidió que se mantuviesen los trabajos. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegación en que se dijo que la corte no había violado ninguna ley al fallar que el actor no puede exigir la supresión de los trabajos, "sea porque habiendo venido á ser adquirente de la medianería de la pared en una época en que los trabajos de que se quejaba se habían ejecutado ya, "él había debido tomar las cosas en el estado en que se hallaban," sea porque de estos trabajos ningún perjuicio resultaba que lo autorizara á pedir su supresión." El fiscal es todavía más explícito; invoca la autoridad de Pardessus, quien en esta cuestión, comparte nuestra opinión.

En sentencia posterior, la sala de lo civil, al casar una sentencia de la corte de Niza, proclamó el principio contrario. La nueva jurisprudencia se funda en el art. 661. Este artículo, dice la corte, al conceder al propietario que se pone en contacto con una pared, la facultad de volverla medianera, cría en su favor una servidumbre legal, cuyo ejercicio, aunque facultativo, no está limitado por ninguna restricción; el artículo tiene por efecto transferir al que de él quiere prevalerse el goce pleno é íntegro de todos los derechos que la ley atribuye á la medianería. Ahora bien,

la consecuencia esencial de la medianería de la pared es la de constituir una co-propiedad de ésta á favor del comprador y del vendedor, de ponerlos á ambos bajo un pie de completa igualdad, y de hacer cesar todos los actos de propiedad exclusiva, que aunque ejecutados por el vendedor antes de la cesión de la medianería, no por esto han dejado de quedar subordinados al ejercicio posible de la servidumbre á la que está sujeta la pared (1). He aquí una teoría nueva; la sentencia de 1861 casi no concuerda con la de 1845, pero poco importa. Se trata de saber si la doctrina consagrada por la corte de casación tiene su base en la ley y en los principios del derecho. Nosotros decimos que ésta es una teoría que el legislador habría podido aceptar; pero ¿la ha aceptado? El art. 661 dice que la pared se ha hecho medianera; ¿puede inferirse de esto que siempre haya sido medianera? Se invoca la igualdad que debe existir entre comunistas. Sin duda que deben estar en un pie de completa igualdad, pero la ley no establece ésta sino desde el momento en que hay comunión; ¿puede tratarse de igualdad entre comunistas, cuando todavía no existe comunión? He aquí, no obstante, en lo que viene á parar la doctrina de la corte de casación. Yo soy propietario exclusivo de una pared, en ella emprendo algunos trabajos, porque para ello tengo derecho, y naturalmente que los emprendo con la intensión de que subsistan. Pues bien, estoy en un error, debo preveer que el día menos pensado un vecino podrá pedir la medianería y exigir, en consecuencia, la supresión de mis obras: yo me creía libre, y he aquí que sufro una servidumbre! Estoy en mi derecho para hacer lo que hago, y no obstante, no podré hacerlo, porque mañana mi vecino me obligará á demoler lo que yo tenía derecho de construir. Nos cuesta trabajo

1 Sentencia de casación, de 10 de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 138).

creer que el legislador, que embaraza el ejercicio de la propiedad para el porvenir, por eso solo la haya embarazado para el pasado.

517. Vamos á llegar á la más usual aplicación del principio adoptado por la doctrina y la jurisprudencia. Unas luces y unas vistas se practicaron en la pared, cuando era el objeto de una propiedad exclusiva. El vecino hace medianera á la pared; ¿puede pedir la supresión de las vistas y de las luces? Todo lo que el otro vecino ha hecho como propietario puede suprimirse desde el momento en que viene á ser co-propietario; pero el adquirente del derecho de medianería no puede exigir la supresión de lo que su vecino ha hecho á título de servidumbre. Abrir luces es ejercer el derecho de propiedad; practicar vistas, es gravar el fundo vecino con una servidumbre; luego el que adquiere la medianería puede pedir la supresión de las luces, mientras que no puede atentar á la servidumbre de vista de que está gravada su heredad, como á ninguna otra servidumbre.

Se llaman luces las ventanas que el propietario de una pared en contacto inmediato con la heredad agena tiene el derecho de practicar con las condiciones determinadas por la ley: deben ser de enrejados de fierro y de vidrieras fijas, y no pueden establecerse sino á una cierta distancia del piso ó suelo del cuarto que se quiere iluminar (arts. 676 y 677). Estas ventanas se califican de luces de tolerancia, por más que el propietario de la pared tenga el derecho de practicarlas, porque el vecino hacia cuya heredad caen puede construir en su fundo á la altura que quiera, y por consiguiente tapar esas aberturas; luego al no construir las tolera. ¿Si él puede taparlas construyendo, no debe tener el mismo derecho adquiriendo la medianería? Esta es la opinión casi general, con excepción del disintimiento

de Toullier y de algunas sentencias (1). Si se admite el principio tal como lo ha formulado la corte de casación, la consecuencia casi no puede ponerse en duda. Una vez adquirida la medianería pone á los dos comunistas bajo un pie de igualdad perfecta; el comprador no puede practicar ninguna abertura en la pared medianera, art. 675, luego el vendedor debe suprimir las que había practicado antes de la cesión de la medianería. Tal es en efecto la jurisprudencia de la corte de casación y de casi todas las cortes de apelación. La corte de París había fallado en el sentido de nuestra opinión, invocando el principio de que el vendedor había usado de su derecho al practicar luces de tolerancia en su pared, y que el comprador debía tomar la cosa en el estado en que ésta se encontraba. Esta sentencia fué cusada. Los dos comunistas, dice la corte de casación, deben estar bajo un pie completo de igualdad. A nuestro juicio, la igualdad respecto al pasado es una falsa igualdad, porque es despojar al propietario de la pared de su derecho para investir á su vecino, el cual, cuando se ejecutaron los trabajos, no tenía ningún derecho; en tanto que la posición sea desigual, los derechos, no podrían ser iguales. ¿Qué importa? dice la corte. El propietario que aumentó la altura de la pared tenía á la verdad el derecho de hacerlo, pero no podía con la propiedad exclusiva, supuesto que su vecino tenía el derecho de exigir la medianería; luego todo lo que él hace, ha debido hacerlo con idea de verlo demolido (2). De ante-

1 Toullier, t. 2^o, p. 236. núm. 527. Bruselas, 31 de Octubre de 1827 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 476, 3^o, y *Pasicrisia*, 1827, p. 299); Bruselas, 23 de Enero de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 17). Gante, 28 de Noviembre de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 21). Valette enseña la misma opinión (Mourlon, *Repeticiones*, t. 1^o, p. 799, nota).

2 Sentencia de casación, de 3 de Junio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 185). Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 19 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 350). No citamos las sentencias de las cortes de apelación; la mayor parte á penas están motivadas, con

mano hemos contestado á esta argumentación. Esta es una materia que sacrifica los derechos del propietario al interés, y aun al capricho del vecino, que quiere adquirir la medianería. ¿Es esta la teoría de la ley? Tal es la cuestión.

Hay dos artículos que determinan los efectos de la medianería. El art. 1632 viene inmediatamente después de la disposición que permite al vecino volver la pared medianera, y ¿qué es lo que dice el artículo? Que uno de los vecinos no puede practicar en el cuerpo de una pared medianera ninguna abertura sin el consentimiento del otro vecino. El art. 675 está concebido en los mismos términos: "Uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, practicar en la pared medianera ninguna ventana ó abertura, ni aun de bastidor fijo." ¿Acaso la prohibición de practicar trabajos quiere decir que el que adquiere la medianería tiene el derecho de exigir la supresión de los trabajos existentes? Grande es la diferencia, y se necesita una interpretación singularmente extensiva para conciliar el texto con la doctrina que de él se deduce. ¿Qué es lo que dice la corte de casación para justificar esta interpretación? Confiesa que la palabra practicar se refiere únicamente á hechos futuros; pero, dice ella, debe entenderse en un sentido enumerativo, y aplicarse por analogía á las aberturas ejecutadas antes de la cesión de la medianería. Entender por analogía, un derecho excepcional, exorbitante por propia naturaleza, es exceder los límites de la ley, y no interpretarla.

Nuestra convicción es que la jurisprudencia ha hecho la ley. Nosotros agregamos que la culpa la tiene el legislador, tanto como el intérprete. El derecho de pedir la excepción de una sentencia de Tolosa, de 8 de Febrero de 1844 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 472). Véanse las autoridades en Demolombe, t. 11, p. 314; núm. 370, y en Aubry y Rau, t. 2º, p. 432, nota 62.

cesión de la medianería está fundado en un interés público, y no hay otro interés público que el de edificar. Esto es lo que el legislador supone, pero no lo dice. En el antiguo derecho, las costumbres expresaban este motivo, ó al menos cuando aceptaban la adquisición de la medianería á título de derecho absoluto, tenían cuidado de agregar que si el vecino no quería edificar, las vistas practicadas por el propietario en la pared subsistirían, y que el adquirente no podría taparlas. Ya la jurisprudencia se hallaba en el mismo sentido. Esta teoría era lógica. Si el propietario estaba obligado á suprimir sus ventanas, era por un interés general. Mientras que si no se versaba un interés público, aquél conservaba sus luces (1). Toullier dice que el código civil debe interpretarse en el mismo sentido (2). Esto es difícil de aceptarse, porque el código ya no subordina la facultad de adquirir á la condición de edificar, y no hace la distinción que establecían las costumbres y la jurisprudencia. La opinión de Toullier ha permanecido aislada. Habría, pues, que ir hasta prohibir al adquirente que edificase cuando el vendedor ha practicado luces en su pared, porque estas luces son un derecho adquirido y el que lo adquiere debe respetarlo. Los tribunales han retrocedido ante tal consecuencia (3). Esta se deduce lógicamente de los principios, pero está en oposición con el fin que se ha propuesto el legislador, que en el de favorecer la construcción de las casas. Hay en estos derechos en conflicto, el del propietario de la pared y el del vecino que quiere edificar; el legislador habría de-

1 Merlín, *Repertorio* en la palabra *vistas*, pfo. 3, núm. 2 (t. 36, página 477).

2 Toullier, t. 2º, p. 236, núm. 527.

3 La sentencia precitada de la corte de Tolosa lo dice (Dalloz, "*Servidumbre*," p. 154, núm. 472).

bido resolver este conflicto. En el silencio de la ley, la jurisprudencia se ha pronunciado por el que adquiere la medianería. Cuando el vecino edifica sigue el espíritu de la ley; pero se ve uno obligado á reconocerle el mismo derecho cuando no construye, cuando no tiene ningún interés en conseguir la medianería y en tapar las luces, aun cuando lo hiciere únicamente por capricho ó mala voluntad. Esto evidentemente que no es el espíritu de la ley. Luego hay inconsecuencia y contradicción.

518. ¿Debe establecerse una excepción á estos principios, cuando las luces existen hace treinta años? Nosotros planteamos la cuestión colocándonos en el punto de vista de la opinión general. La negativa no es dudosa. Las luces que el propietario de la pared practica en ella, observando las condiciones prescritas por los arts. 476 y 479, son el ejercicio del derecho de propiedad, y conservan este carácter por todo el lapso de tiempo que subsisten. Ahora bien, actos de propiedad no pueden tener por efecto gravar el fundo del vecino con una servidumbre. Luego en el momento en que él adquiere la medianería su heredad es libre, y él se halla frente á ciertos trabajos ejecutados por el propietario de la pared, trabajos que éste tenía el derecho de ejecutar como propietario exclusivo, pero que no tiene el derecho de mantener después de haberse vuelto comunista. Tal es también la opinión de los autores, y la que está consagrada por la jurisprudencia (1).

¿Pasaría lo mismo si el propietario de las dos heredades hubiese practicado las luces por destino del padre de familia, y si al separarse uno de los vecinos pidiese la me-

1 Demolombe, t. 11, p. 414, núm. 371. Aubry y Rau, t. 2º, p. 432, nota 63. Véase la jurisprudencia en Dalloz, "Servidumbre," número 474, 1º y 2º. Hay que agregar, Lieja, 13 de Julio de 1853 ("Pasicrisia," 1853, 2, 115).

dianería de la pared? En teoría, puede contestarse que el destino del padre de familia, equivale á título; ahora bien, las servidumbres adquiridas por título deben mantenerse. Acerca de este punto no podía haber duda alguna. Pero para esto es preciso que la servidumbre sea nata; y en el caso que acabamos de suponer no había todavía servidumbre en el momento en que se verificó la separación de los fundos, y en este momento mismo el vecino pide la medianería; luego jamás ha habido servidumbre. Sin duda que este es el caso que supone Demolombe, cuando dice que el destino del padre de familia no impediría al adquirente de la medianería pedir la supresión de las luces. Pero si la servidumbre se hubiese adquirido por destino del padre de familia habría que resolver que las luces no pueden suprimirse. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

519. En cuanto á las vistas, si constituyen una servidumbre á cargo del fundo del cual el propietario quiere adquirir la medianería de la pared que separa á las dos heredades, es claro que el adquirente las debe respetar. Esto no es más que la aplicación de un principio general. Según los términos del art. 701, el propietario del predio deudor de la servidumbre no puede hacer nada que tienda á disminuir su uso; con mayor razón, no puede con sus actos destruir la servidumbre. En vano se diría que al adquirir la medianería usa de su derecho; se le contestaría que él no puede ya usar de su derecho, puesto que él mismo lo ha restringido gravando su predio con una servidumbre. Así es que cuando ha concedido á su vecino la servidumbre de perspectiva, ya no puede construir en su fundo; por consiguiente, ya no puede pedir la me-

1 Demolombe, t. 11, p. 415, núm. 371. Lyon, 19 de Abril de 1826 (Dalloz, "Servidumbre," núm. 480); Burdeos, 18 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 123).