

medianería, ó por lo menos no puede pedirla con el fin de suprimir las ventanas, supuesto que esto sería equivalente á suprimir la servidumbre, él se ha sometido. Y que no se objete que el derecho de reclamar la medianería es de interés público, y que el propietario no puede renunciar á un derecho que es de orden público. Una sola cosa hay que sea de interés público en la cesión de la medianería, y es que el que quiere edificar puede volver medianera la pared; pero se puede renunciar á la facultad de edificar, gravando el predio con la servidumbre de no edificar; y entonces ya la cuestión no es de reclamar la medianería de la pared por un interés general. El vecino podrá, además, volver medianera la pared, pero ésta será una medianería imperfecta; nada hay en esto que lesione el interés público (1).

Todos están de acuerdo sobre el principio. Pero la aplicación suscita una cuestión acerca de la cual hay controversia y duda. ¿Cuándo hay servidumbre de vista? Si está establecida por título, no hay duda posible. Lo mismo cuando hay destino del padre de familia, puesto que, por los términos del art. 692, equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes (2). Pero hay también servidumbre de vista cuando el propietario de una pared ha practicado en ella vistas á una distancia menor que la que determinan los arts. 678 y 679, y cuando estas vistas subsisten durante treinta años. La corte de casación de Francia, y casi todas las cortes de apelación deciden la afirmativa; y en consecuencia, fallan que el vecino gravado con la servidumbre de vista puede en verdad adquirir la medianería, pero una medianería limitada por la servidumbre de que está gravada su servidumbre (3). No

1 Aubry y Rau, t. 2º p. 432 y nota 65.

2 Gante, 5 de Abril de 1850 ("Pasierisia," 1850, 2, 196).

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 432, notas 66 y 67. Demolombe, t. 11, pá-

puede tratarse de tapar ventanas que existen á título de servidumbre, el vecino puede volver medianera la pared, hasta puede edificar, pero no puede hacerlo sino con la condición de no perjudicar al derecho de vista con que está gravado (1). Las cortes de Bélgica se han pronunciado por la opinión contraria. Nosotros examinaremos más adelante la cuestión, al tratar de la servidumbre legal de vista y de luces. La mayor parte de los autores siguen la opinión consagrada por la corte de casación de Francia, y nosotros creemos que tal opinión es la buena. Y desde el momento en que se admite el principio, la consecuencia no podría ponerse en duda.

520. Hay en esta opinión, una diferencia capital entre las luces de tolerancia y las vistas. Como las luces se han practicado en virtud del derecho de propiedad, no imponen ningún gravamen al predio vecino; el dueño de éste puede á toda hora construir, pedir la medianería y suprimir las luces. Mientras que las vistas, cuando no hay entre las dos heredades la distancia prescrita por la ley, imponen un gravamen al predio hacia el cual caen y enjendran una servidumbre, que impide al dueño del predio sirviente exigir su supresión, aun cuando adquiriese la medianería de la pared en la cual se han practicado. La aplicación de estos principios no carece de dificultades. ¿Cómo se distinguirán las luces y las vistas? Unas y otras son ventanas. Pero la ley prescribe para las *luces* restricciones y condiciones que no establece para la construcción de *vistas*. Si el que ha practicado algunas *luces*, se ha sujetado á las disposiciones de los arts. 676 y 677, la simple

gese sobre el predio del vecino. Véase la jurisprudencia en Dalloz, "Servidumbre," núm. 475. Hay que agregar, Burdeos, 27 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 480, núm. 22); Bastia, 28 de Agosto de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 178). Nimes, 7 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 77).

1 Véanse las sentencias en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 451, 1º y 476, 1º y la sentencia precitada de Nimes, de 7 de Mayo de 1851.

visita de los lugares será suficiente para resolver la cuestión. En cuanto á las *vistas* la cuestión es todavía más fácil; la ley determina la distancia que debe existir entre dos heredades para que el propietario de la pared pueda abrir ventanas. Desde el momento en que esta distancia no existe, las *vistas* practicadas en la pared no pueden practicarse sino á título de servidumbre; lo que siempre tiene lugar en nuestro caso, supuesto que el derecho de adquirir la medianería implica que las dos heredades son contiguas. Queda por definir las *vistas*: éstas son todas ventanas que no presentan los caracteres de las luces de tolerancia definidas por los arts. 677 y 678.

Pero no siempre los hechos corresponden á las disposiciones de la ley. Sucede con bastante frecuencia que las luces no están construidas según las prescripciones del código. ¿Basta esto para que constituyan *vistas*? Tal decisión sería demasiado absoluta y excedería la intención del legislador. Al ordenar que las luces presenten los caracteres determinados por los arts. 676 y 677, el código no dice que si falta uno de estos caracteres, la luz se considera como una *vista*. Aun cuando el propietario de la pared no se haya sujetado en todo á la ley, las luces pueden seguir siendo luces de tolerancia, si no se han practicado de manera que el propietario tenga una *vista* hacia la heredad vecina. Así, pues, la dificultad se vuelve una cuestión de hecho que el juez resolverá según las circunstancias. Si, á pesar de la inobservancia de la ley, las ventanas son luces de tolerancia, no hay servidumbre; porque la tolerancia excluye la idea de un gravamen que pese sobre el predio del vecino. La doctrina y la jurisprudencia son de este sentir (1).

521. El efecto de la medianería no existe sino cuando

1 Nîmes, 7 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 2, 78). Lyon, 20 de Julio de 1833 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 474 2º). Aubry y Rau, t. 2º, ps. 204 y siguientes, notas 19 y 20.

la pared se ha vuelto medianera por la cesión que el vecino ha obtenido. Esta cesión es una venta, y la venta produce todos sus efectos desde el momento en que hay concurso de consentimiento; sólo que en el caso del artículo 661, el propietario de la pared no puede rehusarse á ceder su medianería. Si se rehusase, la intervención se haría por intervención de la justicia. Por más que haya una especie de expropiación, no se requiere que sea previa la indemnización. Así, pues, la única condición que se requiere para el traslado de la medianería, á instancia del vecino, es el consentimiento voluntario ó forzoso del propietario de la pared. Hasta entonces, la pared no es medianera, y en consecuencia, el vecino no puede servirse de la pared, puesto que el dueño de la cosa tiene derecho de usarla ó disfrutarla. Si el vecino practicase cualesquiera trabajos contra la pared ó en la pared, el propietario tendría el derecho de pedir su supresión con daños y perjuicios. Pero ¿qué debe resolverse si, á esta instancia, el demandado declarase que quería adquirir la medianería? Se ha fallado que en este caso el vecino no debía ser sentenciado á suprimir las obras, porque la supresión sería frustratoria; á penas se hubieran suprimido los trabajos, cuando el vecino vuelto co-propietario podría restablecerlos. Pero si hubiere causado un daño, quedaría obligado á repararlo, porque es siempre la verdad decir que el daño fué ocasionado sin derecho; luego éste es un cuasi-delito, y la adquisición de la medianería no desvanece el hecho dañoso (1).

III. Derechos del vendedor.

522. Hemos calificado de venta la cesión de la medianería que el vecino puede pedir en virtud del art. 661.

1 Bruselas, 16 de Enero de 1819 (*Pasicrisa*, 1819, p. 271).

Una sentencia de la corte de casación resuelve que la facultad ejercida á título de servidumbre por el vecino contra el propietario de la pared no es una venta, porque no ofrece los elementos legales de ésta. En efecto, dice la corte, el consentimiento libre de las partes es una condición esencial de la venta, mientras que, en el caso previsto por el art. 661, es forzoso el consentimiento del que debe ceder la medianería. La sentencia agrega que las condiciones y las consecuencias de la co-propiedad de la pared medianera se rigen por las disposiciones del título de las "servidumbres" y no por las del título de la "venta" (1). Nosotros creemos que esta decisión se halla en oposición con el texto de la ley y con los principios mismos que la corte invoca. El art. 661 dice que todo propietario que se pone en contacto con una pared tiene la facultad de "volverla medianera." Esta expresión es sinónima de la que se halla en el art. 660, por cuyos términos el vecino que no ha contribuido al aumento de altura de la pared medianera puede "obtener la medianería." El que adquiere la medianería la compra, porque debe "pagar ó reembolsar" al dueño de la pared la mitad de su valor, arts. 660 y 661. Estos ciertamente no son más que los elementos de la venta, una cosa, un precio y el consentimiento. ¿Qué importa que el propietario de la pared esté obligado á vender su medianería? Hay muchos casos en los cuales el consentimiento del vendedor es forzado. El que es expropiado por causa de utilidad pública no puede rehusarse á vender; el código civil y la constitución dicen que es obligado á ceder su propiedad, lo que no impide que esta cesión sea una venta. Pues bien, en el caso del art. 661, hay también una expropiación por causa de utilidad pública, puesto que el propietario de la pared está obligado á ce-

1 Sentencia de denegada apelación de 17 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 87).

der su co-propiedad por motivos de interés general. Aun cuando se vea obligado á vender, su consentimiento interviene, no obstante, en la venta, porque se debe fijar el precio, se necesita el concurso del vendedor ó un fallo, que igualmente implica un contraro. Si no es una venta la cesión forzosa de la medianería ¿qué es entonces? La corte de casación dice que las condiciones y las consecuencias de la medianería están regidas por el título de las "servidumbres." Y ¿qué importa? La medianería no es una servidumbre, sino una co-propiedad. Pero admitamos que sea una servidumbre; ¿acaso las servidumbres no pueden establecerse por título? ¿y el título usual no es una venta? Así, pues, la medianería puede comprarse; y lo está en los casos previstos por los arts. 660 y 661, luego hay venta.

523. Supuesto que hay venta, hay que aplicar los principios generales que rigen la venta. ¿Tiene el propietario de la pared el privilegio del vendedor? Se ha fallado que no, porque el art. 661 no se lo da (1). Mala razón. La ley da un privilegio á todo vendedor, en el título de los *Privilegios*. ¿Es fuerza que repita una disposición de derecho común en todos los artículos en que se trata de una venta? Se pregunta si la acción que él tiene del pago del precio, es personal, real ó mixta (2). Nosotros no comprendemos que se haya planteado la cuestión. ¿Acaso la acción del vendedor no nace de un contrato, de un vínculo personal? Luego es personal. Sin duda que si el comprador no paga, el vendedor tiene, en primer lugar, su privilegio, que es un derecho real y engendra una acción real; pero la garantía de un derecho determina la naturaleza de este

1 París, 23 de Julio de 1833 (Dalloz, "Privilegios ó hipotecas," número 427).

2 Se ha fallado que es mixta. París, 22 de Febrero de 1834 (Dalloz, *Venta*, núm. 1096, 3°); denegación, 23 de Marzo de 1843 (Dalloz, *Acción*, núm. 124). Compárese, Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 2°, p. 174, nota 24.

derecho? El vendedor tiene, además, la acción de resolución que retroaccione contra los terceros, pero esta acción es extraña al pago del precio, supuesto que, en caso de resolución, deja de haber venta. Si la venta de la pared medianera se resuelve, el tercer adquirente será obligado á pagarla, si es que quiere conservar la medianería; pero esto será en virtud de una nueva adquisición y no en virtud de una venta en la cual ha permanecido extraño. Así, pues, nada hay de real en la acción de pago de precio. Se objeta que la medianería es una servidumbre que grava al fundo, sea cual fuere el poseedor á cuyas manos pase (1). ¿Y no sucede lo mismo con todo género de servidumbre? No por esto la venta que establece dicha servidumbre deja de ser un contrato que engendra acciones personales.

Si el propietario de la pared, obligado á ceder su co-propiedad, es un vendedor, y no tiene todos los derechos que dimanán de la venta, debe también reportar todas las obligaciones que incumben al vendedor. La corte de casación ha fallado que él no está obligado á la garantía de los vicios ocultos, porque, según su jurisprudencia, no hay venta. Por lo menos hay un contrato á título oneroso; y toda trasmisión de propiedad verificada á título oneroso, acaso no implica la obligación de garantía? ¿Con qué derecho, el que ha cedido la medianería de una pared que no le pertenecía ó que estaba viciada, había de conservar el precio que se pagó como condición de la cesión?

II. Prueba de la medianería.

a) Presunciones.

524. La medianería resulta siempre de un concurso de consentimiento, y poco importa que éste sea libre ó forzado. Luego se funda en un contrato, y en principio ha-

1 Informe de Troplong, sobre la sentencia de denegada apelación precitada (Daloz, t. 3º, p. 39).

bría que aplicar las reglas establecidas en el título de las *Obligaciones convencionales* acerca de las pruebas. Si existe un escrito, no hay que decir que hará prueba, con las condiciones y con los efectos determinados por la ley. Pero lo más á menudo no hay escrito, porque la construcción se remonta á época muy lejana, y entonces no se hizo escritura ó si se hizo se extravió. ¿Cómo se resolverá en este caso la cuestión de propiedad? Para prevenir las disputas que se suscitan fácilmente entre vecinos, el legislador ha creado presunciones, fundadas como todas las presunciones, en probabilidades. En el caso que tratamos, hay una probabilidad que muy rara vez engaña. Dos vecinos tienen el mismo interés en la construcción de la pared que separa sus heredades: ¿no es poco más ó menos claro que habrán construido dicha pared á expensas comunes? La probabilidad aumenta en las ciudades, en donde el cerramiento es forzoso. Y si uno de los vecinos ha edificado después que el otro, sin que haya contribuido á levantar la pared ¿no es probable que haya usado del derecho que la ley le da de adquirir la medianería? ¿El propietario de la pared habría permitido que su vecino apoyara la construcción en una pared que no le pertenece? Habría ó servidumbre ó co-propiedad. El legislador se ha pronunciado porque la co-propiedad fundándose en el interés del vecino; la co-propiedad da derechos mucho más extensos que la servidumbre; así, pues, el vecino tiene interés en comprar la medianería: éste es también el interés del propietario de la pared. Hay en esto una probabilidad de co-propiedad de la que el legislador ha hecho una presunción (1). Y esta es una presunción legal. El art. 1330, núm. 2, lo dice. Síguese de aquí que deben aplicarse los principios que rigen las presunciones legales,

1 Durantón, t. 5º, p. 294, núm. 301. Demolombé, t. 11, p. 346, número 315.