

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.

y antes que todo, la regla de interpretación que restringe las presunciones á los casos precisos para los cuales se establecen; luego no hay más presunciones de medianería que las que un texto formal consagra.

I. De la pared que separa dos edificios.

525. El art. 653 dice que en las ciudades y en los campos, toda pared que sirve de separación entre edificios hasta el techo se presume medianera. La palabra *héberge* es vieja y caída en desuso, y significa techo, tejado, albergue, este último sentido se ha conservado en la palabra albergar, *héberge*. Cuando la ley dice que se presume medianera la pared hasta el techo, *héberge*, esto significa, como Berlier lo ha explicado en el consejo de Estado, que la pared es la co-propiedad de los dos vecinos hasta el punto en que los dos edificios de desigual altura pueden aprovechar la pared común (1). El excedente de pared pertenece al propietario del edificio más elevado; y lo mismo sería aun cuando el excedente sobresaliera del techo de ese edificio, porque la continuación y la dependencia de la parte de pared es lo que constituye el objeto de una propiedad exclusiva. No hay que distinguir si el edificio está situado en el campo ó en una ciudad; el texto de la ley lo dice, y esto se funda también en la razón, supuesto que la probabilidad en que se funda la presunción tiene la misma fuerza, sea cual fuere el lugar en que estén ubicados los edificios; el interés que los dos vecinos tienen en un cerramiento común en todas partes, es el mismo.

526. El código dice que la pared que sirve de separación entre edificios se presume medianera. ¿Hay también presunción de medianería cuando la pared separa una casa

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, número 17 (Loché t. 4.º p. 168).

de un patio ó de un jardín? La cuestión es debatida, y nada menos hay tres opiniones. Sin embargo, ella se reduce á términos sencillísimos, y la corte de casación la ha resuelto en una línea (1). No existe presunción legal sin ley, luego no existe presunción de medianería sin texto. ¿Y qué es lo que dice el art. 653? Establece una presunción de medianería "entre edificios;" luego no existe sino cuando las dos heredades son edificios; por lo tanto, deja de haber presunción legal cuando una de las heredades es una casa y la otra un fundo no edificado. Esto decide la cuestión. En vano se aducirían las mejores razones del mundo para extender la presunción á caso no previsto por la ley; nosotros hacemos á un lado todas estas objeciones por una excepción de no recibir. Así es como se han prevalido de la autoridad de Pothier para establecer una presunción de propiedad en las ciudades en donde es forzoso el cerramiento, sea cual fuere la naturaleza de las dos heredades, art. 663; de esto se infiere que es probable que uno de los vecinos haya forzado al otro á contribuir á la construcción de la pared que separa las dos heredades. Probable, sí; pero la probabilidad no se convierte en presunción legal sino cuando el legislador la establece, y éste ha tenido buen cuidado de establecer lo que se quiere introducir en la ley. El que construye una pared de cerramiento de dos mil francos, no podrá hacer contribuir á su vecino, propietario de un terreno no edificado, sino por un centenar de francos, porque éste no tiene interés en que se construya una pared espesa; ahora bien, uno de los vecinos preferirá tener la propiedad exclusiva de la pared, y el otro no estará obligado á pagar, aun cuando sean cien francos, por una pared que no le es necesaria. Creemos inútil insistir.

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Junio de 1845 (Daloz' 1845, 1, 353).

II. De la pared que separa los patios, jardines y cercados.

527. "En las ciudades y en los campos, toda pared que sirve de separación entre patios y jardines se presume medianera," art. 653. Aquí ya no hay que distinguir si las dos heredades son patios ó jardines; la ley no dice que exista la presunción cuando una pared separa "dos patios ó dos jardines;" sino que dice que toda pared que separe "patios y jardines" se presume medianera. Esto se funda "también en la razón; si el propietario de una casa que se halla en contacto con un fundo no edificado tiene un interés infinitamente mayor en el cerramiento que su vecino; no sucede lo mismo cuando una de las heredades es un patio y la otra un jardín, el interés es idéntico, luego hay que presumir que el cerramiento es común.

El art. 653 establece la misma presunción de medianería entre cercados en los campos. ¿Qué se entiende por *cerca ó cercado*? Las opiniones están divididas. Supuesto que la ley no define el cercado, hay que decidir que todo cerramiento constituye un cercado; la única condición que resulta del texto, es que el fundo esté cerrado por todos sus lados. Cuando existe esta condición, importa poco cuál sea la naturaleza del terreno circuido, que sea un prado ó un campo, la ley no distingue, y ni había lugar á distinguir. Lo que en los campos determina la presunción, es que los dos vecinos han cuidado de circuirse enteramente; por lo tanto es probable que la pared que los separa es común, teniendo uno y otro el mismo interés en su construcción.

528. En los campos, las heredades deben estar cercadas para que la pared que las separe se presuma medianera. Se pregunta si esta misma condición de cerramiento se exige para los patios y jardines. La cuestión es discutida, pero creemos que el texto la resuelve. Nada puede agre-

garse á las presunciones, así como nada se les puede suprimir; ahora bien, el art. 653 no exige que los patios y jardines estén circuidos. Si tal hubiera sido la voluntad del legislador, inútil habría sido hablar de los patios y jardines, y habría bastado con decir "y los cercados."

529. ¿Las paredes que sirven de sostén á un terrado se presumen medianeras? También esta cuestión es debatida, y para resolverla se hacen diversas distinciones, considerando el interés que pueden tener los dos vecinos en la construcción de la pared. La respuesta, á nuestro juicio, se halla en el texto del art. 653. Para que una pared sea medianera se necesita que sirva de separación entre dos heredades. Esta es la condición esencial: si la pared de terrado separa las dos heredades contiguas, será medianera; si no es un muro de separación, no había presunción de medianería.

b) Cuando cesan las presunciones de medianería.

I. De la prueba contraria.

530. El art. 653, que establece las presunciones de medianería, añade: "Si no hay título ó marca de lo contrario." ¿Quiere decir esto que sea necesario un título ó signo de lo contrario para que caigan las presunciones de medianería? Sí, cuando existen estas presunciones. Pero toda presunción implica ciertas condiciones de existencia, si faltan éstas no hay presunción, y en tal caso no puede tratarse de rendir pruebas en contrario de una presunción que no existe. Luego hay que distinguir. Cuando no se ataca la existencia de la presunción, debe producirse un título ó invocar signos de no-medianería, si se presume que el muro que se tiene por medianero es propiedad exclusiva de uno de los vecinos. Si se pretende que la presunción no existe, hay que probar que no existen

las condiciones á las que está subordinada la presunción. ¿Cuáles son estas condiciones? Según el texto del art. 653, no hay más que dos: es preciso, en primer lugar, que haya dos edificios, patios, jardines ó cercados: en seguida se necesita que haya una pared que separe dichas heredades. Ya dijimos que si una pared separa un edificio de un patio ó de un jardín ó de un cercado, no hay presunción de medianería, lo mismo si en los campos las dos heredades no estuviesen enteramente circuidas. Se necesita también que la pared sea pared de separación, lo que implica que las dos heredades pertenezcan á propietarios diferentes. Se pregunta si esta condición debe existir al construirse la pared. Respecto á los edificios, no se la exige, supuesto que la medianería puede haberse adquirido cuando el vecino construyó contra una pared ya existente; todo lo que el propietario primitivo de la pared puede pedir en este caso, es que se le pague el precio de la medianería, si es que no han transcurrido treinta años desde la construcción. Pero el precio se haya pagado ó nó, no por esto deja de existir la presunción, desde el momento en que un tercero ha construido contra el muro. Acabamos de decir que un tercero, es decir, el vecino. Si el propietario de la pared hubiese levantado la construcción, y en seguida se enagenase el edificio, no habría presunción de medianería, porque ya no se estaría en las condiciones que la ley supone; la pared no sería medianera, ni por haberse construido entre dos edificios, supuesto que al construirse sólo uno había, ni por haberla adquirido el vecino, supuesto que no es el vecino el que ha construido (1).

En cuanto al muro que separa patios y jardines; hay que referirse siempre al momento en que se construyó;

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 420, notas 11 y 12. Sentencia de denegada apelación, de 10 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 483). Compárese, Demolombe, t. 11, p. 350, núm. 321, y Bourges, 21 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 441).

desde este momento ha tenido que separar dos heredades pertenecientes á propietarios diferentes para que haya presunción de medianería; porque entre patios y jardines no hay construcciones posteriores desde las cuales la medianería se hubiese adquirido; luego es preaiso que esta lo haya sido al levantarse la pared; si en tal momento la pared no separa dos heredades, cae la presunción de medianería. En cuanto á los cercados, hay que aplicar lo que acabamos de decir de los edificios; la pared puede haberse construido cuando las dos heredades fueron cercadas; puede, además, haberlo sido en el momento en que estando ya cerrada una de las dos heredades, el vecino cerró también la suya.

531. Las presunciones del art. 653 pueden hallarse en conflicto con la presunción establecida por el art. 552, ¿cuál será el que predomine? Según el artículo 552, la propiedad del suelo implica la propiedad de lo que está encima; de aquí el art. 553 saca la consecuencia que se presume que toda construcción hecha en un terreno lo ha sido por el propietario y á sus expensas y le pertenece, si no se prueba lo contrario. Luego cuando una pared que separe dos heredades está construida en el suelo de uno de los vecinos se presume que pertenece á éste, y también se presume medianera en virtud del art. 653. En este conflicto, al juez corresponde decidirse en favor de una ú otra de dichas presunciones, conforme á los hechos y á las circunstancias de la causa no puede aplicar una y otra, porque de ello resultaría que la pared es á la vez propiedad exclusiva y co-propiedad; luego fuerza es que escoja. Supuesto que se admite la prueba contraria en uno y en otro caso, el juez puede pronunciarse en favor de una de las presunciones y hacer á un lado la otra (1).

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 114).

II. *Del título contrario.*

532. ¿Qué se entiende por título? ¿Se necesita un escrito auténtico ó bajo firma privada que haga constar que la pared litigiosa es la propiedad exclusiva de uno de los vecinos? La doctrina y la jurisprudencia están concordes en rechazar la prueba testimonial (1). Esto nos parece muy dudoso. Cuando una presunción legal admite la prueba, ésta consiste en todos los medios que la ley consagra para establecer un hecho jurídico, luego también es admisible la prueba testimonial contra las presunciones, bien entendido que dentro de los límites determinados por la ley; se necesita que el valor pecuniario del litigio no exceda de ciento cincuenta francos, ó un principio de prueba por escrito. Tal es el derecho común; ¿lo deroga el artículo 653? Este exige un "título." Esta palabra es á veces sinónima de escritura; escrito ordinariamente significa un hecho jurídico que engendra un derecho ó una obligación: la donación, el testamento, la venta, el trueque, la partición son otros tantos títulos. ¿Se necesita, para la validez del título, que haya un escrito? Para los títulos onerosos, nó; la venta puede probarse por medio de testigos. Luego si los dos fundos contiguos hubiesen sido vendidos, y en el momento de la venta se hubiese reservado la propiedad exclusiva de la pared á una de las partes, habría título, y según el derecho común, este título puede probarse por medio de testigos, si el valor del litigio no excede de ciento cincuenta francos, ó si hay un principio de prueba por escrito. ¿Por qué el art. 653 habla de haber derogado estos principios? No vemos la razón. Por lo mismo, debe uno atenerse al derecho común.

533. ¿Se necesita que el título sea común á las dos par-

1 Demolombe, t. II, p. 367, núm. 333; Aubry y Rau, t. 2º, p. 421, nota 17. Angers, 3 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 18).

tes? La corte de casación ha resuelto que esta condición no se requiere, porque el art. 653 no la exige (1). Esto, á nuestro modo de entender, es razonar mal. Antes que todo hay que ver si la condición no resulta de los principios generales; en este caso no se necesita que se reproduzca en todos los artículos que implican su aplicación, los principios deben aplicarse á todos los casos que pueden presentarse, á menos que la ley haga una excepción. Así, pues, la cuestión es ésta: ¿Existe una regla de derecho? ¿y el art. 653 es una excepción de dicha regla? Ahora bien, es elemental que ya no se pueda probar un derecho de propiedad contra quien quiera que sea por medio de un título que emane de tercera persona. Luego para que haya prueba, el título invocado por el que se dice propietario debe ser común á la parte contra quien este se prevale del título (2).

III. *De los signos de falta de medianería.*

534 Según los términos del art. 654, "hay signo de falta de medianería cuando el extremo alto de la pared es recto y á plomo de su paramento por un lado, y del otro presenta un plano inclinado." En este caso la pared se presume que pertenece exclusivamente al propietario del lado del cual está el albañal. La razón es que el albañal es un inconveniente; si la pared fuese común, no se habría construido de un modo que uno de los vecinos tuviere él sólo la carga del albañal; luego hay presunción de propiedad exclusiva á favor del que soporta solo la carga. Este signo de falta de medianería escrito, por decirlo así, en la pared, debe predominar sobre la presunción general de medianería.

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Enero de 1859 (Daloz, 1859, 1, 85).

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 421, nota 16. Compárese, Demolombe, tomo 11, p. 368, núms. 334-335.