

Hay signos de falta de medianería cuando sólo de un lado se encuentra una albardilla, ó filetes y repisas de piedra, si éstos se han puesto cuando se edificó la pared. La *albardilla* es una especie de techo colocado en lo alto de la pared; cuando sólo existe de un lado, la pared presenta un plano inclinado, y por consiguiente, el derrame de las aguas se opera por el lado en donde se halla la albardilla; de aquí una presunción de propiedad exclusiva á favor del propietario que recibe las aguas. El *filete* es la parte de la albardilla que sobresale de la pared para impedir que las aguas pluviales la menoscaben; cuando no hay filetes más que de un lado, el gravamen del derrame pesa exclusivamente sobre el fundo por cuyo lado están los filetes, lo que hace presumir que el dueño del fundo tiene la propiedad exclusiva de la pared. Las "repisas de piedra" son unas piedras salientes que sirven para soportar las vigas del edificio que se construye ó que se construirá más tarde; en este caso, se presume que la pared pertenece exclusivamente al propietario de la pared de cuyo lado están las repisas, porque la construcción de la pared patentiza que sólo á él debe servirle (1).

La ley quiere que los filetes y las repisas sean de piedra. Pothier nos da la razón; porque sería facilísimo á un vecino que quisiera atribuirse la propiedad de la pared, mandar hacer por el lado suyo filetes de yeso, sin que el vecino lo supiese (2). Por la misma razón, la ley exige que los filetes y repisas se hayan colocado al construir la pared. Si lo han sido después, cesa la razón de la presunción, y en consecuencia, la presunción de medianería conserva toda su fuerza. Las personas del arte serán las que deci-

1 Pardessus, t. 1º, p. 379, núm. 162. Duranton, t. 5º, p. 308, número 309. Demolombe, t. 11, p. 370, núm. 336.

2 Pothier, *De la sociedad*, núm. 205. Demolombe, t. 11, p. 372, número 337.

dan si los filetes y repisas se pusieron al construirse la pared. Ellos resolverán también si los filetes y repisas tienen el destino que la ley les supone, y por cuya razón presume la falta de medianería de la pared. Por esto es que se ha fallado que el filete deja de ser una presunción de propiedad exclusiva, cuando no tiene por objeto facilitar el derrame (1).

Hay alguna dificultad en lo concerniente á la prueba. Unos filetes de piedra existen en una pared, ¿se necesita que el que invoca tales signos de falta de medianería pruebe que se pusieron al edificar? No es dudosa la afirmativa, supuesto que esa es la condición que la ley requiere para que exista la presunción, y al actor corresponde establecer la presunción de que se prevale. ¿Pero qué debe resolverse si dichos signos existen desde hace treinta años? Merlin contesta que su existencia trentenaria es una presunción legal de que se han hecho regularmente (2). Esto es dudoso. La expresión, en todo caso, es inexacta; no puede tratarse de una presunción legal sin ley. Luego hay que ver si la prescripción trentenaria dispensa al que invoca signos de falta de medianería de la obligación de probar que se colocaron al edificar. La prescripción hace que se adquiera la propiedad; más adelante veremos si los signos de falta de medianería pueden ser combatidos por la prescripción. Por el momento, se trata de saber si el que alega dichos signos como presunción de la falta de medianería está dispensado de probar, después de treinta años, que se pusieron al edificar. La prescripción trentenaria tiene dos efectos: es extintiva ó adquisitiva. No es del caso la prescripción adquisitiva, porque exige condiciones especiales de posesión. En cuanto á la prescrip-

1 Rennes, 9 de Julio de 1821 (Daloz, "Servidumbre," núm. 436.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *medianería*, pfo. 1º, número 6, seguido por todos los autores (Aubry y Rau, t. 2º, p. 422 y nota 20).



ción extintiva, no podría oponerse al vecino que nada demanda porque él tiene á su favor la presunción de medianería, el otro propietario es el que se prevale de signos de falta de medianería para sostener que es propietario exclusivo: se necesita que lo pruebe y está dispensado de la prueba porque el estado de las cosas en que se funda existe desde hace treinta años? La ley no atribuye tal efecto á la prolongada duración de los signos, y en el silencio de la ley no vemos en qué principio se fundaría uno para dispensar al actor de que probase el fundamento de su demanda.

535. ¿Si los signos de no-medianería existen por ambos lados de la pared se tendrá á ésta por medianera? En el antiguo derecho, se admitía esta presunción. El código no la reproduce, y esto resuelve la cuestión. Si la pared es una de las que el art. 653 presume medianeras, no se necesita invocar los signos de falta de medianería. Y si la pared no se presume medianera por la ley, por esto mismo es propiedad exclusiva de uno de los vecinos y esta prueba no puede combatirse por signos que parezcan indicar que la pared es común; esto puede ser probable, pero una probabilidad no es una presunción legal. Así, pues, si hubiese en los campos un cercado, y que la propiedad contigua no estuviese cerrada, la pared sería propiedad del dueño del cercado, aun cuando por ambos lados presentara signos de falta de medianería, albardillas, por ejemplo, ó filetes (1).

536. ¿Se pueden invocar otros signos de falta de medianería que los que enumera el art. 654? La cuestión es debatida y ha dado lugar á tres diversas opiniones. A nosotros no nos parece dudosa. El art. 653 comienza por decir que las presunciones de medianería caen cuando hay

1 Demolombe, t. 11, p. 374, núm. 339. Durantou, t. 5º, p. 314, número 312. Aubry y Rau, t. 2º, p. 422 y nota 23.

signos de lo contrario. Si el legislador hubiera querido admitir los signos que se usaban ó que pudieran introducirse en lo sucesivo, habia debido limitarse á avanzar el principio remitiendo á los usos locales, y lo ha hecho así? Nó, absolutamente; él define con cuidado en el artículo 654 cuáles son los signos de la falta de medianería. En vano se dice que el artículo no está concebido en términos restrictivos; la restricción resulta de la naturaleza misma de esos signos. En efecto, ellos establecen una presunción de propiedad exclusiva: "en tales casos, se presume que la pared pertenece exclusivamente al propietario de cuyo lado están el derrame ó las albardillas y filetes de piedra." Luego hay una presunción de propiedad en los casos previstos por la ley. ¿Se pueden extender las presunciones? La pregunta es una sola herejía jurídica, porque las presunciones legales son, por su esencia, de la más estricta interpretación. Si fuera necesario apoyar esta decisión en la intención del legislador, nosotros invocaríamos la autoridad de Albisson, el dictaminador del Tribunalado, el cual dice en su discurso: "el proyecto imprime el sello de la ley á la medianería *presumible*;" y en seguida "*determina precisamente* los signos de falta de medianería." ¿Para qué determinar con tanta precisión dichos signos, entrando en pormenores técnicos, si se quisiera atenerse no sólo á los hechos actuales, sino también á los futuros? (1).

536 bis. ¿Cómo pueden combatirse las presunciones de no-medianería? El art. 653 dice que las presunciones de medianería ceden ante un título ó el signo de lo contra-

1 Aubry y Rau, t. 2º p. 422 y nota 18. Rennes, 9 de Julio de 1821 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 436). Angers, 3 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 18). En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 378, número 341. Lieja, 19 de Enero de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 235). Hay una tercera opinión sostenida por Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, página 793.



rio; en el art. 654, nada se dice de la prueba contraria á la presunción de propiedad exclusiva que resulta de los signos de falta de medianería. Luego hay que aplicar el derecho común. Ahora bien, es de principio que toda presunción legal admite la prueba contraria, salvo en los casos previstos por el art. 1353, y claro es que las presunciones de propiedad no entran en ninguna de estas presunciones. Así, pues, la prueba contraria es admisible. Y ¿qué se entiende por esto? Las pruebas de derecho común, tales como están formuladas en el título de las *Obligaciones*. Hay, á este respecto, una diferencia entre la presunción del art. 654 y la del 653. En el art. 653, la ley enumera las pruebas contrarias, y como menciona más que el título y los signos de falta de medianería, se ha inferido que estaba excluida la prueba testimonial. No puede decirse eso de la presunción de propiedad que el art. 654 establece, supuesto que, en el silencio de la ley, el derecho común es el que debe recibir su aplicación; luego pueden alegarse no sólo títulos auténticos ó documentos privados, sino también la prueba testimonial, dejándose entender que dentro de los límites trazados por el código civil (1).

537. Así, pues, los signos de falta de medianería cederían ante un título que estableciese ésta. Hay que decir más: el título podría establecer la propiedad exclusiva de la pared á favor de los vecinos de cuyo lado no estuviesen el derrame, los filetes ó albardillas de piedra, porque la presunción no es más que una probabilidad, y no puede tratarse de probabilidad cuando se halla uno en presencia de la certidumbre. Se hace, sin embargo, una restricción á esta decisión: hay autores que enseñan que los signos superarán si tuvieren una existencia de treinta años posteriores al título. Nosotros creemos con Durantón que esto es un error. El título da la prueba patente, sea de la

1 Demante, "Curso analítico," t. 2°, p. 600, núm. 570 bis, 6.

propiedad exclusiva de la pared en favor del que no posee los signos; ahora bien, una prueba cierta no se puede combatir con probabilidades; la ley permite perfectamente bien que se opongan signos de falta de medianería, pero nunca permite que se combata un título con presunciones. Otra cosa sería si además de los signos de falta de medianería el vecino hubiese opuesto al que tiene un título una contradicción contra el derecho que del título resulta, y aun entonces es dudoso que la contradicción sea suficiente; ella no podría invocarse, según nuestra opinión, sino en apoyo de la prescripción, porque en vano se contradice un título, con ello no puede destruirse una prueba á la que uno ha concurrido, supuesto que el título es común á ambos vecinos. Nos falta ver si uno puede valerse de la prescripción.

#### IV. De la prescripción.

538. ¿Puede invocarse la presunción contra las presunciones de medianería y no medianería? La afirmativa no es dudosa. ¿Que cosa es, en efecto, una presunción? Una prueba que descansa en una probabilidad. Esta prueba desaparece ante un título, es decir, ante un hecho jurídico, tal como una convención que establece de una manera cierta la propiedad ó la medianería. Ahora bien, la prescripción también es inútil; el código la coloca entre las maneras que transmiten la propiedad, art. 711, y aun es el más poderoso de los títulos, porque precisamente se ha establecido para poner un término á la incertidumbre que dejan las pruebas, aun la misma prueba literal. Luego con mayor razón la prescripción puede oponerse á simples probabilidades erigidas en presunciones. ¿Cuál es, en definitiva, el efecto de las presunciones legales? Dispensar de toda prueba á aquél en cuyo provecho existen, articu-



lo 1352; pero la otra parte es admitida á la prueba contraria; pues bien, ella rinde esa prueba estableciendo que ha adquirido la propiedad exclusiva ó la medianería por medio de la prescripción.

Esto contesta á la objeción que pudiera sacarse del silencio de la ley. Al establecer la presunción de medianería para los setos que separan dos heredades, el art. 670 agrega: "Si no hay título ó posesión suficiente en contrario." El código no menciona la posesión, cuando se trata de las presunciones que establecen la medianería de una pared, art. 653; y el 654, del cual resulta una presunción de propiedad exclusiva, no reserva ninguna prueba contraria. Pero el silencio del art. 653 no es prueba, como tampoco el del 654; no basta con el silencio de la ley para apartar la aplicación de los principios generales, para esto se necesita un texto que establezca una excepción. Desde el momento en que no hay excepción volvemos á entrar al dominio de la regla (1).

539. Se presume medianera una pared, por los términos del artículo 653. ¿Uno de los comunistas puede prescribir su propiedad exclusiva? En principio, la cuestión no sufre duda alguna. En todo tiempo se ha admitido que uno de los co-proprietarios de una cosa indivisa puede adquirir su propiedad exclusiva por la prescripción. De hecho, la prescripción será siempre muy difícil de establecerse. Naturalmente se necesita que las condiciones requeridas por la ley existan; luego se necesita una posesión á título de propietario; ahora bien, el que alega la prescripción era co-proprietario, por lo que tenía derecho para ejecutar actos de propiedad; ¿cómo distinguir la posesión de comunista de la posesión de propietario exclusivo? Se dirá que hay actos que el comunista no puede ejecutar en

1 Demante, "Curso analítico," t. 2º, p. 599, núm. 507 bis, 5.

tal calidad; luego si los hace, hay actos de propiedad exclusiva, y por lo tanto, una posesión suficiente para prescribir. Esto sería cierto si él no pudiese ejecutar dichos actos á título de servidumbre, y el comunista puede adquirir una servidumbre en la cosa común. De aquí una nueva dificultad; ¿al practicar ventanas en una pared medianera, el comunista ha procedido á título de propiedad ó á título de servidumbre? Las dificultades son reales, pero una dificultad de prueba no constituye una imposibilidad legal; éstas son cuestiones de hecho que se abandonan á la prudencia del juez.

Una pared es la propiedad exclusiva de uno de los vecinos, sea porque tenga un título, sea que por el lado suyo haya pruebas de falta de medianería. ¿El otro vecino podrá adquirir la medianería por la prescripción? La decisión es la misma, y las dificultades de hecho casi son menores. La propiedad puede prescribir, luego también la co-propiedad. Pero ¿de qué manera distinguir los actos de posesión que se implican al ejercicio de una propiedad exclusiva de los que sólo suponen la co-propiedad? Y ¿cómo distinguir la posesión de la que sólo se ejerce á título de servidumbre? Se ha fallado que el acto de uno de los vecinos de arrimar á una construcción separativa de propiedades el muro de un acirate, de apoyar espalderas, de fijar garfios de hierro para sostener árboles no constituyen más que actos de simple tolerancia que no puede hacer que se adquiera ni propiedad ni co-propiedad (1). Difícil es aprobar ó criticar sentencias de hechos, porque en ellas todo depende de la apreciación de las circunstancias de la causa.

540. ¿Cuál es el efecto de la posesión ánua? Destruye las presunciones establecidas por el código en materia de

1 Sentencia de Pau, de 18 de Agosto de 1834. Compárese, Demolombe, t. 11, p. 385, núm. 347. Aubry y Rau, t. 2º, p. 423 y nota 24.



medianería? La cuestión se agita sobre, todo, por los setos medianeros, pero puede presentarse también respecto á las zanjas y paredes medianeras; los principios, en todos los casos, son los mismos. Existe una diferencia de redacción en los textos, pero que es insignificante. Ya nosotros la hemos hecho notar. El art. 670, por cuyos términos el seto que separa dos heredades es medianero, agrega: "Si es que no hay posesión suficiente en contrario;" los arts. 653, 654 y 666 no contienen esta reserva. Pero es incontestable que si la posesión ánua destruye la presunción de medianería de un seto, debe ser también suficiente para destruir la presunción de medianería de las zanjas y paredes. La cuestión divide á los autores; la jurisprudencia es constante, y se pronuncia contra el efecto que se quiere atribuir á la posesión ánua. No vacilamos en colocarnos al lado de la jurisprudencia.

La cuestión se reduce á términos muy sencillos. ¿Qué cosa es una presunción de medianería ó de propiedad exclusiva? Toda presunción es una manera de prueba, y nada más que esto; en este punto los partidarios de la opinión que estamos combatiendo tienen mucha razón. ¿La prueba de qué? Que el que tiene á su favor esa presunción es propietario ó co-propietario de la pared litigiosa. Y ¿qué cosa es la posesión ánua? El que desde hace un año está en pacífica posesión de un predio, á título no precario, tiene las acciones posesorias para hacer que se le mantenga en posesión, código de procedimientos, art. 23. El que se pretende propietario del fundo puede además promover en lo petitorio, pero allí debe probar su propiedad; mientras que el poseedor mantenido en posesión nada tiene que probar. ¿De qué modo el actor establecerá que es propietario? El rendirá la prueba según el derecho común; luego si tiene en su favor una presunción, él puede invocarla. Basta aplicar estos principios elementales á nuestra

cuestión para resolverla. Uno de los vecinos está ó pretende estar en posesión de la medianería de una pared; el otro se titula propietario exclusivo de la pared litigiosa. Si el primero posee desde hace un año, á título no precario, triunfará en lo posesorio, el juez de paz lo mantendrá en posesión de la medianería. El otro podrá proceder en lo petitorio, y entonces estará obligado á probar que es propietario de la pared. ¿Cómo rendirá esa prueba? Conforme al derecho común, es decir, invocando un título ó la prescripción; puede también prevalerse de las presunciones establecidas por los arts. 653 y 654, y ésta es la más fácil de las pruebas, porque resulta de la ley; él no tendrá que probar más que una sola cosa, y es que la presunción existe á su favor. ¿El demandado le opondrá la posesión ánua? ¿dirá que esta posesión destruye la presunción legal? Así lo pretenden; pero esto se halla en oposición con los principios elementales que acabamos de recordar. La posesión ánua no tiene más efecto que mantener al poseedor en su posesión, y obligar á su contrario á que promueva en lo petitorio, en donde, como actor, deberá rendir prueba de su propiedad. Pues bien, él la prueba por la presunción legal de los arts. 653 y 654. En vano el poseedor le opondrá que la posesión ánua establece en su favor una presunción de propiedad; el único efecto de esta presunción de propiedad es el de mantenerlo en posesión y de declinar en su adversario el fardo de la prueba cuando el debate se entable en lo petitorio. Esta prueba la rinde invocando la presunción legal, conforme á los artículos 1350, núm. 2 y 1352. Por lo tanto, él ya no tiene nada que probar, salvo que el demandado rinda la prueba contraria. Esta prueba contraria, él no la rendirá evidentemente prevaleándose de la posesión ánua, porque ésta nada tiene de común con la propiedad.