

III. Obligaciones que se derivan de la medianería.

a) Reparaciones y reconstrucciones.

541. La medianería es una co-propiedad. De aquí se sigue el principio formulado por Pothier." La comunidad de la pared medianera constituye, entre aquellos á quienes pertenece en común, las mismas obligaciones que constituye la comunidad de las demás cosas." Cada uno de los vecinos, continua Pothier, está, pues, obligado á emplear en la conservación de la pared medianera los cuidados que los padres de familia tienen costumbre de emplear en la conservación de lo que les pertenece. Si la pared se menoscabase ó arruinase por culpa de uno de los comunistas, por haber sido rozado por los carros de ese vecino, ó por los que en su patio recibía, estaría obligado á reparar ó á reconstruir la pared á sus propias expensas, porque su culpa ha sido el no haber puesto pilones ó de no haber preservado la pared de cualquiera otra manera, como todo propietario lo habría hecho (1).

542. El art. 655 consagra una consecuencia de estos principios: "La reparación y la reconstrucción de la pared medianera están á cargo de todos los que en ella tienen derecho, y proporcionalmente al derecho de cada uno." Como puede suceder que la pared no sea medianera en toda su extensión, por eso los gastos deben ser proporcionados al derecho de cada cual. Respecto á la parte común, los gastos se soportan en común, es decir, por mitad, sea cual fuere el valor de ambas heredades; no por esto la pared deja de ser una propiedad común á los dos vecinos. No hay que distinguir si las reparaciones son únicamente necesarias de un solo lado de la pared, ó si tienen que hacerse en ambas caras. Una sentencia de la corte de Gre-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 219.

noble ha fallado que, en el primer caso, el propietario de cuyo lado solo se emprenden las reparaciones es el único que debe pagarlas (1). Hay que cuidarse de erigir esta decisión en principio, porque puede ser justa de hecho, si hay culpa por parte del propietario, y esto no lo comprueba la sentencia. Si no hay culpa, hay que aplicar el principio de que cuando los derechos y los intereses son comunes, las cargas deben también serlo.

543. Si las reparaciones y reconstrucciones se hacen necesarias por culpa de uno de los vecinos, los gastos serán á su cargo. Esto no es más que la consecuencia del principio establecido por Pothier (núm. 541). Debe agregarse que estará obligado á reparar el daño que puedan causar á su co-proprietario las reparaciones ó reconstrucciones: tales serán las privaciones de goce, las incomodidades, las pérdidas que el vecino haya experimentado. Esto no es más que la aplicación del derecho común concerniente á los actos nocivos. Domat, siguiendo las leyes romanas, pone una restricción á esta obligación: si el vecino hubiese hecho pinturas preciosas sobre la pared común, no se le tendrá en cuenta más que el valor de pinturas ordinarias, porque él mismo es culpable, en este caso, de alguna imprudencia (2). Los jueces pueden admitir este temperamento de equidad, porque ellos son los que tienen que apreciar la causa de los daños y perjuicios y que fijar su extensión.

544. Uno de los vecinos echa abajo las construcciones que se apoyaban en la pared medianera y levanta unas construcciones nuevas de mayor consideración; y se descubre que la pared no es capaz de sostenerlas. Se pregunta si la pared más gruesa que tenga que construirse

1 Grenoble, 20 de Julio de 1822 (Dalloz, "Servidumbre," número 476, 2°).

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1°, tít. 12, sec. 4°, núm. 4.

era una carga común. Se ha fallado que el art. 655, al poner á cargo de los co-proprietarios la reparación y la reconstrucción de la pared medianera, debe restringirse al caso en que la necesidad de la reparación y de la reconstrucción provenga de la vetustez y de la fuerza mayor; pero que no podría aplicarse al caso en que, siendo la pared buena y de duración, uno de los co-propietarios quisiera apoyar en la pared medianera construcciones mucho más considerables que las establecidas primitivamente; que entonces el vecino en cuyo interés debe practicarse la reconstrucción, es el que debe reportar todos los gastos de éste con todas sus consecuencias (1). ¿No es demasiado absoluta esta decisión? Según los términos del art. 657, todo co-proprietario puede mandar edificar contra una pared medianera. Si él edifica y la pared no se halla en estado de aguantar la construcción ¿estará obligado á pagar él solo los gastos de una pared más sólida? Ciertamente que nó, supuesto que edificar contra la pared medianera es un derecho del co-proprietario; estando la pared destinada á soportar las construcciones de los dos vecinos, deberá reconstruirse á expensas comunes, aun cuando estuviese todavía buena la pared y de duración. ¿Y si uno de los co-proprietarios demuele una construcción para emprender otra más considerable, deberá en todo caso pagar los gastos de la nueva pared? La ley no determina cuáles son las construcciones que cada vecino puede hacer; ¿en dónde, pues, el límite de lo que se le permite y de lo que se le veda? No obstante, hay un temperamento de equidad: la pared medianera se destina á sostener edificios ordinarios, casas de habitación; si uno de los vecinos quiere construir una fábrica que necesite paredes gruesas y adherir á ellas chimeneas, el juez podrá cargarle una parte mayor en los gastos, y aun todos ellos,

1 Orleans, 22 de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 2, 88).

si la pared fuese bastante sólida para aguantar una construcción ordinaria. Con alguna vacilación aventuramos esta opinión; los tribunales ya no tienen el poder que tenían en el antiguo derecho, ya no pueden decidir por equidad, porque el texto del código los obliga; y el texto, ol repetimos, no restringe el derecho de edificar. Preferiríamos de todas maneras ajustarnos á la letra de la ley.

Hay, sin embargo, algunas restricciones á la obligación de reconstruir la pared medianera. Veamos lo que Pothier enseña á este respecto, porque habiendo seguido el legislador en esta materia el antiguo derecho, hay que interpretar el código por la tradición del derecho consuetudinario. El vecino, dice Pothier, no está obligado á contribuir á la reconstrucción de la pared sino según su elevación antigua: ésta era la disposición formal de la costumbre de París, art. 210; si uno de los co-proprietarios quiere aumentar la altura de la pared, debe hacerlo á sus expensas. Del mismo modo, agrega Pothier, el vecino no debe contribuir á la reconstrucción de la pared sino teniendo en cuenta lo que debe costar una pared de la misma calidad; el que quiere reconstruir una pared con materiales más caros debe pagar el excedente de gasto. La equidad también en este caso venía á modificar esta decisión. Si por una economía mal entendida, dice Pothier, la antigua pared no hubiese sido construida con bastante solidez, yo podría obligar al vecino á que contribuyese á la construcción de una pared más sólida, y tal como se juzgase que el interés común lo exigiere.

545. Cuando se trata de reconstruir la pared divisoria, antes que todo debe comprobarse que hay necesidad. Así, pues, uno de los vecinos no puede derribar la pared sin el consentimiento del co-proprietario. Se ha fallado que si el vecino manda derribar la pared sin haber conseguido

ese consentimiento, no se le admitirá á que pruebe con testigos el pésimo estado de la pared; que él debe imputarse á sí mismo el no haber empleado los medios que le daba la ley; que habiéndola infringido debe soportar las consecuencias de esa infracción voluntaria (1). Esta decisión es severa, pero justa. La prueba testimonial no se admite sino cuando hay imposibilidad de procurarse una prueba literal. Ahora bien, en el caso de que tratamos, no sólo es posible esto, sino que es un deber para el vecino el pedir el consentimiento de ser vecino, y por lo tanto, procurarse una prueba literal. Por lo mismo, la prueba oral debe rechazarse.

b) *De la facultad de abandonar la medianería.*

546. Según el art. 656, "todo co-proprietario de una pared medianera puede dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones abandonando el derecho de medianería." Esto no es más que la aplicación de un principio general; cuando uno sólo está obligado á causa de una cosa que se posee, puede uno descargarse de la obligación abandonando la cosa. Ahora bien, el co-proprietario de la pared medianera no está obligado á reparar y reconstruir sino en razón de la co-propiedad; abandonando su derecho á la cosa común, cesa con esto de estar obligado á las cargas que son una consecuencia del derecho. El código dice que él debe abandonar el *derecho de medianería*; la costumbre de París era más explícita, porque decía que "el vecino debe abandonar su derecho de comunidad á la pared y á la tierra en que ésta se arraiga," art. 210. En efecto, él debe abandonar la cosa en razón de la cual está obligado, es decir, la pared medianera; ahora bien, la pared no se concibe sin el suelo en el cual está edificada, y con el cual hace un solo y mismo todo.

1 Bourges, 14 de Enero de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 492).

547. El código supone que la medianería entera es la que se cede. ¿Esta suposición es una condición del abandono, ó se puede abandonar la co-propiedad por parte? A primera vista, se vería uno tentado á pronunciarse por el abandono parcial. En efecto, la ley dice que lo que debe abandonarse es el derecho de medianería, y no permite un abandono parcial, y esto se concibe; el vecino se limitará siempre á abandonar la medianería de la parte de la pared que debe repararse ó reconstruirse; ¿no es este cálculo contrario á la equidad? La corte de Besançon ha fallado en este sentido, pero su decisión fué casada, y debía serlo. Resulta del art. 661 que la medianería es un derecho divisible, porque se le puede adquirir en parte. Esto decide la cuestión; si la medianería puede adquirirse por partes, nada impide que se la abandone en parte. En cuanto á la equidad, no entra en la cuestión; déjase entender que el abandono parcial en nada puede dañar al co-proprietario de la pared medianera. Con esta reserva que la corte de casación hace en términos formales, el abandono de una parte de la pared nada tiene de contrario á la equidad (1).

548. El art. 656 pone una restricción á la facultad de abandono que él establece: "Con tal que la pared medianera no sostenga una construcción perteneciente al que quiere hacer el abandono." Esta restricción resulta del principio mismo en el cual se funda la facultad de abandonar la medianería. Puede uno descargarse de la obligación de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones de la pared, abandonando el derecho á ésta, pero no puede uno dispensarse de la carga conservando á la vez el derecho; y es conservar el derecho á la medianería el recargar una construcción contra dicha pared; por lo mismo el abandono es imposible. Otra cosa sería si el que quiere hacer

1 Sentencia de casación, de 3 de Abril de 1863 (Dalloz, 1865, 1, 176).

el abandono de la pared medianera sacase de ella cualquiera utilidad; no puede servirse de la pared sino cuando es medianera, luego hay contradicción en servirse de la pared y en abandonar su medianería. Es cierto que el art. 656 no habla más que del caso en que la pared sostiene una construcción, pero el artículo nada tiene de restrictivo; no es más que la aplicación de un principio, y el principio se aplica naturalmente á todos los casos análogos (1).

La aplicación del art. 656 suscita una dificultad que ha dividido á los tribunales y á las cortes de apelación a la hora de resolverla. Eráse el caso que el co-propietario de una pared medianera había hecho el abandono de la medianería, cuando la pared sostenía todavía un edificio que le pertenecía, pero contrayendo el compromiso de demolerla. Y sucedió que la demolición del edificio adherido á la pared acarreó la ruina de ésta; el co-propietario por cuyos actos se produjo el daño, sostuvo que él no era responsable, puesto que había cesado de ser co-propietario al abandonar su derecho de medianería. Desechada tal pretensión por el tribunal de primera instancia, fué aceptada por la corte de Montpellier; pero la sentencia fué casada. En efecto, la sentencia se halla en oposición con el texto del código. El art. 656, no permite que abandone la medianería á aquél cuya construcción está sostenida por la pared; y la corte de Montpellier había sancionado el abandono, por más que existía una construcción sostenida por la pared cuya medianería se abandonaba. En vano alegaba el co-propietario que él se había comprometido á demoler la construcción; la ley no se conforma con este compromiso, sino que quiere que exista una construcción; luego en tanto que no haya una, es imposible el abandono. Esta exigencia de la ley está fundada en la ra-

1 París, 4 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 2, 217).

zón y la justicia. Supongamos que el comunista comience por demoler el edificio, así como lo previene el código; la demolición causa la ruina de la pared; es evidente que el co-propietario deberá reconstruir la pared á sus expensas. Por lo tanto, no puede permitírsele que haga un abandono condicional libertándose de la obligación que pesa sobre él de no hacer nada que vulnere el derecho de su co-propietario. Luego el abandono condicional implica la obligación de reparar el daño que la demolición pueda ocasionar (1).

549. Al decir que por el abandono de la medianería, el copropietario de la pared puede librarse de la carga de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones, la ley supone que ninguna culpa hay por parte de aquél. Si las reparaciones ó reconstrucciones han sido ocasionadas por su culpa, el debe reportar las consecuencias; así es que él será el que pague los gastos á pesar del abandono que haga de su derecho de medianería. El puede eximirse de una carga real á la que sólo está obligado como detentador de la cosa común; pero él no puede desligarse de una obligación personal; y el hecho nocivo constituye un cuasi-delito, y éste engendra una obligación personal que jamás el deudor puede dispensarse de cumplir.

550. El abandono de la medianería tiene por efecto conferir al co-propietario la propiedad exclusiva de la pared. ¿Pero de qué manera la co-propiedad puede transformarse en propiedad exclusiva? Para esto se necesita el consentimiento del co-propietario, porque nadie puede convertirse en propietario á su pesar. De lo que se sigue que interviene un contrato entre los dos vecinos. El uno pide que el otro contribuya á las reparaciones y reconstrucciones, y éste conteste abandonando su derecho de medianería.

1 Sentencia de casación, de 16 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 109).

ría. Si el primero acepta este abandono, hay concurso de consentimiento, y por lo tanto, contrato; la aceptación, por lo demás, puede ser expresa ó tácita. ¿El contrato que se celebra por el abandono, se hace bajo la condición expresa ó tácita de que el vecino á quien se hace el abandono reparará ó reconstruirá la pared? Ya en el antiguo derecho, Pothier enseñaba que si el propietario de la pared la dejaba caer en ruinas, el vecino podría revocar el abandono que de ella había echo, y reclamar, por consiguiente, la distribución de los materiales y del suelo. Y los autores modernos siguen todos esta opinión, invocando el principio de la condición resolutoria tácita (1). Esto es incontestable si se admite la existencia de un contrato hecho con la condición de que el vecino repare ó reconstruya la pared. Tal es, en efecto, la intención de las partes. Si el abandono de la pared no debiera tener ese efecto, no habría cuestión; no queriendo ninguno de los vecinos reparar, la pared caerá en ruinas; ellos, en este caso, se distribuirán los materiales y el suelo. Luego cuando se hace el abandono, es con la intención de que se repare ó reconstruya la pared. Todo esto es tácito, pero poco importa, porque el consentimiento no puede ser expreso.

IV. Derechos que resultan de la medianería.

a) Principio.

551. Es un principio general, dice Pothier, que la comunidad de una cosa da á cada uno de aquellos á quienes pertenece en común el derecho de servirse de ella para los usos á que su naturaleza la destina, con el temperamento, no obstante, de que debe usarla como buen padre de familia, y de manera que no cause ningún perjuicio á aquellos

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 221. Aubry y Rau, t. 2º, página 424, nota 31 y las autoridades que citan.

con quienes la cosa le es común, y que no impida el uso que ellos deben hacer igualmente. Debe agregarse que bajo ciertos conceptos la medianería da derechos más extensos que la comunidad ordinaria. Los asociados así como los comunistas no pueden hacer innovación en la cosa común sin el consentimiento de todos sus asociados; mientras que los propietarios de una pared medianera sí pueden hacer innovaciones (1). Por esto es que pueden aumentar la altura de la pared medianera, lo que constituye una innovación; pueden mandar colocar vigas al través de todo el espesor de la pared, arts. 657 y 658. Así, pues, el derecho de medianería se acerca al derecho de propiedad exclusiva: en los casos que acabamos de citar, el copropietario procede solo, sin el concurso de su vecino, como si fuese solo y único propietario.

Esto, no obstante, se discute y hay duda. Los arts. 657 y 658 no exigen el concurso de voluntad de los dos copropietarios para las construcciones que uno de ellos quiera recargar contra la pared medianera, ni para dar mayor elevación á la pared. De aquí se concluye que el derecho de construir y de elevar la pared es absoluto. Pero veamos la razón que hay para dudar. El art. 662 dice que "uno de los vecinos no puede practicar en el cuerpo de una pared medianera ningún ahondamiento, ni aplicar ó recargar en ella obra ninguna "sin el consentimiento del otro," ó sin que, al rehusarse éste, mande arreglar por medio de peritos los medios necesarios para que la nueva obra no sea perjudicial á los derechos del otro." Esta disposición es tan general, tan absoluta como los arts. 657 y 658. ¿Debe por esto inferirse que deba aplicarse á la construcción y al aumento de altura de la pared? Este es el parecer de la mayor parte de los autores (2). Hay una

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 207. Demolombe, t. 11, p. 456, número 396.

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 424, nota 32 y los autores que citan.