

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.

sentencia contraria de la corte de casación en materia de elevación (1). Nosotros creemos que ella ha fallado bien. En cuanto al derecho de edificar, el art. 657 lo consagra en términos absolutos, como un derecho que se deriva de la medianería, sin subordinarlo á la condición de un consentimiento previo ó de un dictamen pericial. Parece que en este punto los autores del código han seguido la autoridad de Pothier, el cual enseña que edificar contra la pared que es medianera es un uso natural de ésta; por esto es por lo que se la construye. Ciertamente es que las antiguas costumbres agregaban diversas restricciones en el ejercicio de este derecho; pero el código sólo admite una, y es la formulada en el art. 657. En vano se dice que el art. 662 contiene una restricción general; si ésta fuese general, la ley no entraría en el pormenor de las obras para las cuales exige el concurso de voluntad de los dos vecinos, ó por lo menos un dictamen pericial. Luego debe decidirse que el artículo 662 se aplica á otras obras que no son construcciones y elevación de paredes. Lo que hace dudosa la cuestión, es que resulta una anomalía, una especie de inconsecuencia de esta interpretación. Ciertamente que las obras más importantes que un comunista puede ejecutar son las de edificar contra la pared y elevar su altura. Y esto puede hacerlo sin el consentimiento de su co-proprietario. Mientras que necesita este consentimiento ó al menos un dictamen pericial para los trabajos de menor importancia que enumera el art. 662. Se contesta que las construcciones fortifican la pared, mientras que los trabajos previstos por el art. 662 podrían debilitarla. La respuesta no es decisiva. Porque las construcciones pueden ser excesivas; pueden salirse del límite de las construcciones ordinarias;

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 356). Véase, en este sentido, Durantou, t. 5º, p. 330, número 335. Mourlon, según Valette, t. 1º, p. 779.

¿no sería justo, y á la vez prudente, para prevenir las disputas y litigios, exigir el consentimiento y un dictamen pericial?

b). *De las construcciones.*

552. El art. 657 dice: "todo co-proprietario puede mandar edificar contra una pared medianera, y colocar en ella vigas por todo el espesor de la pared, menos cincuenta y cuatro milímetros (dos pulgadas) sin perjuicio del derecho que tiene el vecino de mandar reducir con el desbastador la viga hasta la mitad de la pared, en el caso en que él mismo quisiera asentar vigas en el mismo sitio, ó recargar una chimenea." Teniendo el propietario el derecho de edificar contra la pared, debe tenerlo también para perforarla á fin de establecer las vigas que sostengan su construcción. En el antiguo derecho, las costumbres variaban acerca del punto de saber si el co-proprietario puede colocar las vigas al través de todo el espesor de la pared. La costumbre de París no le permitía que encajase vigas sino hasta la mitad de la pared; pero esta restricción había caído en desuso; en nuestros días, dice Pothier, se permite asentar las vigas en todo el espesor de la pared, con dos pulgadas menos, á fin de que la viga se recubra con la mampostería. Goupy, el anotador de Desgodets, nos hace saber la razón de este cambio de usos; ya no se edifica tan sólidamente como en otro tiempo, dice él, y las paredes casi no tienen más que diez y ocho pulgadas de esdesor; si las vigas estuviesen calificadas nada más que hasta el punto medio, no ofrecerían bastante resistencia. De esto resulta un inconveniente, agrega Goupy: cuando el vecino opera algún cambio en la chimenea, se ve obligado á cortar á golpes de desbastador los cabos de aquellas vigas para poner encima una carga suficiente que

las garantice del fuego. Los autores del código civil han sancionado esa práctica.

553. El que edifica contra la pared medianera no necesita del consentimiento de su vecino. Pero si se trata de practicar ahondamientos en el cuerpo de una pared medianera por otra causa cualquiera, el art. 662 debe recibir su aplicación. Se necesitará que el co-propietario consiga el consentimiento de su vecino, y si éste lo niega, que mande disponer por peritos los medios necesarios para que la nueva obra no sea nociva á los derechos del otro. Pardessus va más lejos; dice que uno de los comunistas no puede hacer una alacena, un nicho, un tubo, un hogar de chimenea en la pared medianera. ¿Qué pasaría, en efecto, si el vecino usare del mismo derecho? No quedaría entre ellos separación ninguna, ó por lo menos la que quedare sería insuficiente. Esta opinión es inadmisibile, porque dice todo lo contrario de lo que está escrito en la ley. El art. 657 da al co-propietario el derecho de practicar ahondamientos en el cuerpo de la pared medianera, sin distinguir cuáles son las obras que él se propone ejecutar. En caso de disentiimiento entre los vecinos, los peritos prescribirán las medidas propias para resguardar los derechos del co-propietario (1). Si el espesor de la pared no permite que en ella se practiquen obras, los peritos harán constar el hecho, y el tribunal prohibirá al co-propietario que ejecute los trabajos. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que como la ley no restringe la facultad de practicar un ahondamiento para un género de construcción especial, esta facultad debe extenderse al establecimiento de una chimenea; la sentencia pone, sin embargo, una reserva que dimana del texto y del

1 Pardessus, t. 1º, p. 395, núm. 172. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 474, núm. 411. Aubry y Rau, t. 2º, p. 425 y notas 33-34.

espíritu de la ley, y es que los dos co-propietarios puedan disfrutar de un derecho igual sin comprometer la solidez de la pared y sin que sean de preeverse riesgos de incendio. La corte agrega que tal es el uso que en la práctica se sigue constantemente. Se objetaba el art. 657, por cuyos términos uno de los co-propietarios puede mandar reducir la viga del vecino á la mitad, cuando quiere recargar una chimenea; la sentencia contesta que esta restricción tiene lugar para un caso especial, el de la existencia de una viga; luego no es aplicable cuando no hay viga (1).

554. El art. 662 limita los derechos de los comunistas, tales como están establecidos por los artículos precedentes: luego es de extricta interpretación; cuando se trata de practicar un ahondamiento en el cuerpo de la pared medianera, ni de aplicar ó recargar en ella una obra, el artículo 662 deja de ser aplicable; no hay motivos para solicitar el consentimiento del vecino, ni para recurrir á un dictamen pericial. Si el vecino pone en duda el derecho de su co-propietario, si provoca un informe pericial, hace gastos frustratorios, y en consecuencia, él debe reportarlos. Se ha fallado, de conformidad con esta interpretación, que no deben aplicarse las disposiciones del art. 662 cuando se trata de objetos mobiliarios, tales como planchas ó bancas de fierro que el vecino levanta ó apoya contra una pared para el servicio de un almacén ó de un taller. La ley no habla más que de obras, lo que supone trabajos ejecutados en la pared (2).

c). De la elevación de la pared medianera.

1. Del derecho de elevar la pared.

555. Según los términos del art. 658, "todo co-propie-

1 Dijon, 18 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 103).

2 Metz, 25 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 111).

tario puede mandar elevar la pared medianera." La ley no subordina este derecho á ninguna condición, por lo que es absoluto. Pothier ya lo había hecho notar en el antiguo derecho. La costumbre de París era más explícita que el código civil: permitía á un vecino que elevase la pared medianera "á la altura que quisiese," sin el consentimiento de su vecino (art. 195). El art. 658, lo mismo que la costumbre, no restringe la facultad de elevar al caso en que el vecino quiere edificar. El puede, sin edificar, elevar la pared común; Pothier agrega: aun cuando el vecino sufriere con dicha elevación por la obscuridad que causare en su casa. Yo puedo, dice Pothier, tener otro justo motivo para elevar la pared: tal como impedir las vistas que un vecino tuviese hacia un edificio. Pothier admite, sin embargo, una restricción, fundada en la equidad. Si la elevación de la pared y la obscuridad que origina á la casa contigua fueren tan grandes que volviesen la casa inhabitable, sobre todo si hubiere motivo para creer que el vecino eleva la pared con el intento de hacer daño, podría haber lugar á reducir la elevación. La jurisprudencia era de este sentir. Pothier, no obstante, no quiere que se lleve la equidad demasiado lejos. Una sentencia había fallado á favor de las hijas del "Ave María" contra su vecino, quién por la mucha elevación que daba á la construcción que emprendía sobre la pared medianera, quitaba el aire á aquellas religiosas; esta sentencia, dice Pothier, fundada como está en una razón de favor que merecían unas mujeres encerradas, que no pueden disfrutar del aire más que en su monasterio, no debe tomarse como de trascendencia.

El código civil reproduce la disposición absoluta de la costumbre de París, sin moderarla por las restricciones que la equidad había introducido en la antigua jurisprudencia. ¿Quiere decir esto que el vecino puede elevar, aun cuando

lo hiciese sin utilidad para él, y perjudicando á su co-proprietario? Los autores modernos se pronuncian á favor de la interpretación rigurosa de la ley; una sola reserva admiten y es cuando se practique la elevación con el objeto de hacer daño; y aplican á este caso la máxima de los jurisconsultos romanos, que impone al juez el deber de no favorecer la maldad de los hombres. La corte de casación ha ido más lejos. Estaba comprobado por el juicio en primera instancia, confirmado en apelación, que el co-proprietario de una pared medianera la había elevado sin utilidad actual para él mismo y con el único fin de causar un perjuicio á su vecino. Esta sentencia fué casada. La corte parte del principio, admitido generalmente, que la facultad de elevar es un derecho absoluto, que no está sometido á ninguna restricción. De él concluye que cada vecino puede usar de ese derecho, con tal que no atente de ninguna manera á los derechos que tiene su co-proprietario en la medianería. Este no puede quejarse del perjuicio que la elevación puede acarrearle en sus demás bienes. En vano se pretendería que la elevación sin utilidad actual para el constructor, no tiene más objeto que causarle un perjuicio; la corte contesta que el que usa de un derecho que la ley le otorga es el único juez de su propio interés (1).

El sentido moral protesta contra semejante decisión: si la ley la ordenase, habría que obedecer, no sin lamentar que el legislador no hubiese puesto sus prescripciones en armonía con la equidad. ¿Pero realmente es cierto que ese sea el sistema del código civil? Se ha reproducido la antigua jurisprudencia que en cierta medida tomaba en cuenta la equidad; ¿y no es ya una razón ésta para interpretar el art. 658 en el sentido que se prestaba á la costumbre de París? Hay más, los autores del código se han

1 Sentencia de casación, de 11 de Abril de 1864 (Daloz, 1864 I, 219):

separado de la redacción de la costumbre. Esta decía: "Permitese á un vecino que eleve la pared medianera, tan *alto como quiera*." El art. 658 no reproduce estos términos de la costumbre, como si hubiera querido dejar la puerta abierta á una interpretación más equitativa. ¿No es, por otra parte, un principio que el dolo constituye siempre excepción? Este es el grito de la conciencia, que en ningún pasaje lo formulan nuestros textos, pero que la jurisprudencia y la doctrina consagran. ¡Qué no vengan, pues, á decirnos que cada cual es juez de su propio interés! El interés no da el derecho de hacer el mal por el gusto de hacerlo. Eso no es usar de un derecho, sino abusar, y contra tal abuso invocaremos la máxima romana: *Malitus hominum non est indulgendum*.

Creemos nosotros que la antigua jurisprudencia está más de acuerdo con los verdaderos principios que la doctrina rigurosa de la corte de casación. La corte aplica á la co-propiedad los mismos principios que rigen la propiedad exclusiva. En esto hay un error, á nuestro juicio. Que el propietario exclusivo pueda usar de sus derechos, aún haciendo daño á su vecino, con tal que no lesione un derecho que le corresponde, esto está fuera de toda discusión, ¿Pero pasa lo mismo con la co-propiedad? No lo creemos así. La co-propiedad impone á los comunistas restricciones y miramientos que la propiedad exclusiva ignora. El comunista extralimita su derecho desde el momento en que causa un perjuicio á su co-proprietario, sin que á él le resulte ventaja alguna, porque la comunidad no se ha establecido para que uno de los comunistas dañe al otro, sino para provecho común. Cuando sus derechos y sus intereses se hallen en conflicto, el juez debe intervenir para conciliarlos; no debe ser que los intereses de uno de ellos se sacrifiquen á un derecho absoluto del otro. En materia de co-propiedad no hay derecho absoluto. El código con-

sagra estos principios, dando á los jueces un poder de conciliación cuando surgen diferencias entre los ribereños de una corriente de agua no navegable, los cuales tienen también una propiedad ó al menos un derecho común de uso. Nosotros creemos que el mismo principio debe aplicarse á toda comunidad, y sobre todo á la indivisión forzada; si ésta da á un vecino el derecho de dañar gratuitamente á su co-proprietario, éste á toda hora estará á merced de un hombre perverso, ó se verá obligado á abandonar su co-propiedad; y el mismo abandono será imposible, si como casi siempre sucede, la pared sostiene construcciones contiguas. Tal estado será el de una guerra permanente, y en esta guerra la victoria es siempre del más perverso.

556. La corte de casación reconoce, en la sentencia que acabamos de criticar, que el derecho de elevar está limitado por la existencia de una servidumbre que adquiere el vecino, y cuyo ejercicio fuese incompatible con la elevación. Esto no tiene duda. Aquél cuyo fundo está gravado con servidumbre nada puede hacer que dañe al propietario del predio dominante, mucho menos puede estorbarla ó destruirla. Que sea una servidumbre de vista ó inominada poco importa. La única dificultad que se presenta, y es bien grande, es la de saber si las servidumbres de vista y de luces pueden adquirirse por una prescripción trentenaria. Esto lo examinaremos más adelante.

II. Obligaciones del que practica la elevación de la pared.

557. El art. 658 dice que el que practica la elevación de la pared medianera "debe pagar él sólo el gasto de la operación, las reparaciones de conservación más allá de la altura del cerramiento común, y además la indemnización de la carga en razón de la elevación de la pared, y según el valor de ésta." Se comprende que el vecino debe