

siempre una indemnización á causa de la carga que resulte de la elevación, porque tal fardo, sea cual fuere la solidez de la pared, acelerará su destrucción, y requerirá reparaciones más frecuentes. Atentando la elevación de paredes á los derechos del vecino, débesele indemnización por el perjuicio que experimente; á menos que el que construye impida el perjuicio por trabajos confortativos que den una mayor solidez á la pared (1). ¿Cuál será el monto de dicha indemnización? El art. 658 dice que se calcula según el valor de la elevación. Para comprender el alcance de esta disposición, debemos ponerla en parangón con el artículo de la costumbre de París del cual está tomada. Según la costumbre (art. 197), la indemnización era de "seis toesas por una," es decir fija, de suerte que el vecino debía pagar siempre á su co-propietario la sexta parte del costo de la elevación. ¿En este sentido es cómo debe interpretarse la palabra *valor* del art. 658? Durantón así lo cree, pero no tiene en cuenta las cuentas que ya se hacían, en el antiguo derecho, á la costumbre de París.

Desgodets decía que una pared construida con materiales ligeros no costaba tanto como otra formada con materiales más pesados. De lo que infería que era preciso normar el monto de la indemnización por el peso de la carga. Por su parte, Goupy objetaba que la sexta parte de la elevación podría equivaler á todo el valor de la pared inferior y aun excederlo. El proyecto del código se atenía al uso, lo que era equivalente á mantener la costumbre de París; la sección de legislación reemplazó la palabra *uso* por la expresión *valor*; y como el art. 658 no reproduce la disposición que fijaba la indemnización en la sexta parte de dicho valor, hay que decidir que los tribu-

1 Pardessus, t. 1º, p. 401, núm. 174. Aubry y Rau, t. 2º, p. 936, nota 39.

nales tendrán el derecho de apreciar el valor, teniendo en cuenta la carga; la indemnización proporcional es un principio mucho más justo que la indemnización invariable (1).

558. Según los términos del art. 659, "si la pared medianera no se halla en estado de soportar la elevación, el que quiera emprenderla debe mandar reconstruir la pared por completo y á sus expensas, y el excedente de espesor ponerlo de su lado." En este caso deja de haber indemnización en razón de la carga, supuesto que la pared se reconstruye y fortifica á expensas del vecino que quiere elevarla. Como la reconstrucción se practica por interés exclusivo del que eleva la pared, justo es que el solo reporte los gastos. Si la pared necesitare reparación ó reconstrucción, aun cuando no se tratase de elevarla, el vecino debería contribuir á los gastos que requiriese la construcción de una pared, pero únicamente dentro de los límites del interés que es común á los dos co-propietarios; el exceso de gasto que ocasione la elevación debe erogarlo aquél por cuyo interés se practica, y si se necesita un terreno más extenso, él es el que debe procurarlo.

Existe una decisión de la corte de París en sentido contrario. La sentencia hace constar que la pared, aunque defectuosa, era suficiente para soportar las antiguas construcciones, y que la reconstrucción se había llevado á cabo por el solo interés del propietario que había elevado la pared. No obstante, la corte cargó al co-propietario un tercio de los gastos de demolición y reconstrucción, porque las nuevas paredes eran en mucho superiores á las antiguas (2). Según el texto, y según el espíritu de la ley,

1 Desgodets y Goupy, "sobre la costumbre de París," art. 197, número 3. Durantón, t. 5º, p. 368, núm. 330. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 196, núm. 290.

2 París, 5 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 2, 66). Compárese la nota del compilador.

los gastos habrían debido erogarse en su totalidad por el comunista que elevaba la pared por su propio interés: éste es el caso previsto por el art. 659. Verdad es que la nueva pared era más sólida que la antigua, y por lo tanto, más ventajosa para el vecino; pero por el momento éste no sacaba de ella provecho ninguno: ¿con qué título debía él contribuir á los gastos? Únicamente desde el instante en que se haga necesaria la reconstrucción de la antigua pared será cuando le sea provechosa la nueva; así, pues, sólo desde tal instante será cuando deba contribuir á los gastos por supuesto que dentro de los límites de su interés.

559. El derecho de elevar la pared no está subordinado á la condición de obtener el consentimiento del co-proprietario, y en caso de negarse éste, recurrir á un informe pericial. Si la elevación de la pared requiere reconstrucción, á falta de texto, exige que los vecinos se pongan de acuerdo; porque debe constar la necesidad de la reconstrucción: si, en razón de la elevación, la nueva pared debe ser más gruesa; por último, si á causa del mal estado de la antigua pared, el vecino debe contribuir, dentro de los límites de su interés, á los gastos que requiera la nueva construcción. Así, pues, hay un conflicto de intereses para cuyo arreglo es importante que las dos partes interesadas concurren. Si uno de los vecinos aumentase la altura de la pared, siendo que hubiera debido reconstruirla, comete una falta, y en consecuencia, será responsable de todo el daño que pueda resultar. Igualmente cometerá una falta si los peritos indicaron los trabajos confortativos que se necesitaban y él no los puso en ejecución. En esta última hipótesis, puede ser sentenciado á destruir la obra de elevación, porque vale más prevenir el daño y las desgracias que pudieran resultar de un accidente, que esperar la ruina de las construcciones (1).

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 426 y nota 40.

560. Esta responsabilidad se deriva del cuasi-delito ó del hecho nocivo, lo que supone una falta por parte del que eleva ó reconstruye la pared. La corte de casación ha fallado que si los dos vecinos tienen cada uno errores que reprocharse, no hay lugar á responsabilidad (1). En el caso al debate, estaba comprobado por los hechos que los trabajos necesarios para prevenir todo daño, á causa de la elevación de la pared medianera, habrían debido hacerse de común acuerdo y á expensas comunes por los co-proprietarios de la pared, porque su interés común así lo exigía; la sentencia agrega que no habiendo hecho nada las dos partes con tal objeto, los deterioros sobrevenidos no podrían imputarse más que á su propia negligencia. Se necesita, no obstante, que el vecino que hace la elevación la notifique judicialmente al otro. Ahora bien, la sentencia acierta como principio que la elevación puede hacerse sin el consentimiento del co-proprietario, y no dice que el vecino, que no había sido citado para consentir, hubiese sido intimado á concurrir á los trabajos que requería el interés común de los co-proprietarios. Nosotros creemos que, en esta hipótesis, habría cabido una próroga cualquiera, á fin de establecer la necesidad de los trabajos y el interés común de los co-proprietarios en ejecutarlos.

La corte de Burdeos ha consagrado el principio que estamos reprochando que no haya formulado la corte de casación; el que eleva la pared ó la reconstruye es el que debe tomar la iniciativa de todo lo que debe hacerse por interés común de los co-proprietarios. En vano se diría que sus vecinos no le indicaron los riesgos que presentaba la elevación de la pared, y que no exigieron su reconstrucción, porque á él le incumbía, dice la corte, asegurarse si la pared se hallaba en estado de soportar la carga

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1866 (Da-lloz, 1866, I, 336).

que debía resultar de los trabajos que él emprendía. En cuanto á los vecinos, desde el momento en que no se les llama á que concurren á los trabajos, ninguna razón tienen para proceder (1).

561. ¿El que eleva ó reconstruye la pared medianera deben indemnizar al vecino del perjuicio que le causa los trabajos? Esta es una cuestión muy dudosa acerca de la cual no es imposible participar de la opinión general. Todos están de acuerdo en dos puntos. Cuando los dos vecinos concurren á la elevación ó á la reconstrucción, ninguno tiene recurso contra el otro; y teniendo un interés igual en los trabajos, cada uno debe también soportar las consecuencias, los inconvenientes y las pérdidas que ocasionen; y cómo concurren á los trabajos, cada uno puede tomar las medidas necesarias para impedir el daño ó para minorarlo. Y si la reconstrucción urge por culpa de los co-propietarios, él debe naturalmente reparar el daño que cause por su cuasi-delito; esto no es más que el derecho común. ¿Pero qué debe resolverse si uno de los co-propietarios reconstruye la pared por su solo interés? El código no pone á cargo del que eleva la pared más que los gastos de la operación y la indemnización por la carga que de ella resulta; y cuando reconstruye, debe hacerlo á su costo (arts. 658 y 659). Sobre todo, en este último caso es cuando se presenta la cuestión de perjuicio. Es claro que el perjuicio no puede comprenderse en la palabra *gastos*. La ley no prevee, pues, el caso de daño que pueden causar los trabajos. Esto equivale á decir que la cuestión debe resolverse conforme á los principios generales. ¿Pero cuáles son estos principios?

Ya en el antiguo derecho era controvertida la cuestión. Pothier enseña que el vecino que reconstruye no debe soportar más que los gastos, y entre éstos comprende los

1 Burdeos, 21 de Abril de 1864 (Daloz, 1865, 2, 39).

que hay que erogar para apuntalar las construcciones del vecino. El código no concede ninguna indemnización por el perjuicio que el vecino puede sufrir en su industria ó su comercio. Pothier se funda en el viejo proverbio de que no es agraviar á nadie usar de su derecho; ahora bien, el que reconstruye tenía el derecho para hacerlo; luego no debe reparar el daño que cause. Tal era también el parecer de Desgodets; Goupy, su anotador, lo censura y se resuelve en favor del vecino. Es, por ejemplo, un dueño de juego de pelota, que apoyaba contra la pared común su establecimiento; se vé privado de los aprovechamientos de su juego durante el tiempo necesario para la demolición y la reconstrucción de la pared; ¿se le debe indemnización? Sí, según Goupy; nó, según Desgodets y Pothier (1).

Los autores modernos siguen generalmente la doctrina de Pothier, salvo algunos disentimientos. La restringen, sin embargo, en favor del vecino que padece perjuicio en la cosa medianera misma; así es que le conceden una indemnización para los árboles, enverjados, emparados, que el vecino hubiere recargado á la pared, y que se destruyen á causa de la reconstrucción, y hay autores que quieren que también se indemnice al vecino por las pinturas que hubiese fijado en la pared medianera, y que la reconstrucción de la pared obligará igualmente á destruir. Pero sobre poco más ó menos están de acuerdo en negar toda indemnización por el daño que el vecino experimenta en sus demás bienes. El principio sería, pues, éste: el co-propietario no debe reparar el daño que ocasiona usando de su derecho de elevar y de reconstruir, á menos que lesione el derecho de medianería del vecino (2). Esto no

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 215; Goupy sobre Desgodets, artículo 196, "de la costumbre de París," núm. 5.

2 Demolombe, t. 11, p. 465, núm. 406. Aubry y Rau, t. 2º, p. 427 y notas 41-43. Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, p. 777. París, 19 de Julio de 1848 (Daloz, 1848, 2, 168).

es más que aplicar á la comunidad el principio que rige la propiedad exclusiva. Nosotros hemos combatido ya la asimilación de dos derechos tan distintos. A nuestro juicio, el co-proprietario no puede hacer lo que hace el propietario exclusivo; se excede de los límites de su derecho, desde el momento en que, sin necesidad, causa un perjuicio á su vecino (núm. 555). Vamos á recorrer los casos que se han presentado ante los tribunales; por ellos se verá á qué consecuencias arrastra la opinión general.

562. El perjuicio más común que experimenta el vecino es la privación de goce durante el tiempo necesario para las reparaciones y reconstrucciones. Si el vecino ha alquilado toda ó parte de su casa, debe indemnizar al inquilino cuando la privación de goce dura más de cuarenta días (art. 1724); pero él no tiene derecho á ninguna indemnización. La razón está en que el arrendador se obliga á hacer disfrutar al tomador, y si no cumple esta obligación debe indemnizarlo. Mientras que el vecino que abre la pared ó la reconstruye no está ligado por ninguna obligación, usa de su derecho, y el que usa de su derecho no hace mal á nadie. Sólo sería responsable cuando hubiese culpa por su parte, es decir, si los trabajos hubiesen durado demasiado tiempo por su negligencia. Hay autores que han retrocedido ante tal consecuencia (1); pero debe aceptársela, desde el instante en que se acepta el principio de donde dimana. Lo que nosotros atacamos es el principio. En la doctrina tradicional se dice que el derecho de elevar la pared, y por consiguiente, de reconstruir, es absoluto, es decir, que el vecino puede hacerlo, aún cuando no tenga ningún interés. ¡Así es que, sin ninguna utilidad para él, causa un daño á su co-proprietario! Nosotros preguntamos si tales son las relaciones que nacen

1 Toullier, t. 2º, p. 88, núm. 211. Pardessus, t. 1º, p. 400, número 174.

de la comunidad. La pared está destinada á sostener mi construcción; la derriban, sin razón ninguna me privan del uso para el cual había yo adquirido la medianería; yo me veo obligado á pagar una indemnización á mis inquilinos, y ningún recurso tengo contra mi co-proprietario que me causa un daño por el gusto de causármelo, porque hasta este punto llega la corte de casación. ¿Es una verdad que en esto el derecho debe predominar sobre la equidad? Nosotros ponemos en duda tal derecho. Mi derecho propio es servirme de la pared medianera, y se me priva de tal derecho demoliéndola. Cuando hay comunidad, no se puede hacer tal cosa sino por interés común; si se hace por interés exclusivo de mi vecino, y si ésto me causa un daño, debe indemnizarme porque lesiona mi derecho de co-propiedad. El código no lo dice, pero no importa. Tampoco dice que el propietario puede usar de un derecho lesionando el derecho de otro. Esto es de derecho común, y el derecho común debe aplicarse constantemente. Pues bien, la restricción que recibe la propiedad es todavía más estrecha cuando se trata de la co-propiedad; el co-proprietario no puede usar de su derecho de modo que perjudique á su co-proprietario; desde el momento en que lo perjudica está obligado á indemnización.

Existe, no obstante, un temperamento de equidad, porque ésta debe conciliar los intereses opuestos de los co-proprietarios. Estos deben padecer ligeras incomodidades, pasajeros embarazos, porque tales achaques son inseparables de la comunidad. Como lo expresa la corte de París, las incomodidades que resultan de las construcciones entre vecinos se deben á la necesidad, á menos que el que construye prolongue los trabajos más del tiempo necesario. Pero si por la elevación de la pared medianera, el vecino hace repeler el humo á la casa de su co-proprietario ¿no se debe indemnización? La corte de París ha re-