

suelto que era de toda justicia que el que eleva por propio interés la pared medianera, elevase la chimenea de su vecino á expensas de aquél (1). Esto no es más que la aplicación de nuestra doctrina, pero no ha prevalecido en la jurisprudencia. Se ha fallado que el que eleva la pared medianera para construir no está obligado á mandar elevar las chimeneas del vecino que se recargan en aquélla, y las que, por motivo de la construcción, se hallan situadas abajo. El único motivo que da la sentencia, es que el que ha elevado la pared ha usado de su derecho, que lo ha hecho por su interés y sin intención de dañar á su vecino (2). La corte de Burdeos ha ido más lejos: ha obligado al vecino á que eleve su chimenea en interés del que había elevado la pared (3). En el caso de que se trataba, la casa más baja estaba ocupada por un panadero. Se había decidido que el panadero debía, en caso de elevación de la pared medianera por su vecino, dar al tubo de su chimenea la altura prescrita por los reglamentos, por más que antes de la elevación el tubo estuviese conforme con los reglamentos. Así es como se restringe el derecho de propiedad del vecino que en general padece ya con la elevación de la pared, por interés del que la ha elevado, por más que haya procedido únicamente por personal ventaja. Si se tratara del derecho absoluto de propiedad, á penas comprenderíamos la decisión. Entre comunistas no comprendemos que los intereses y los derechos del vecino se sacrifiquen á aquél que, sea por su propio provecho, sea por su antojo, quiere elevar la pared.

II. Consecuencias de la elevación de la pared.

563. El que ha elevado la pared se torna propietario exclusivo de la parte que elevó; esto resulta del art. 660, por

1 París, 4 de Mayo de 1813 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 331, 1^o).

2 Burdeos, 18 de Mayo de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 86).

3 Burdeos, 30 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 44).

cuyos términos el vecino que no ha contribuido á la elevación de la pared puede "adquirir su medianería." Luego antes que la adquiriera, la parte elevada no era medianera, sino que era propiedad exclusiva del que la hizo á su costa. Ciertamente es que la parte levantada descansa en una pared medianera y en un terreno común; pero el código consagra esta anomalía, puesto que admite que los diversos pisos de una casa pueden pertenecer á diversos propietarios (art. 664). Siguese de aquí, que el vecino que ha elevado la pared puede ejercitar todos los derechos que emanan de la propiedad. Notablemente puede practicar en la parte levantada luces con bastidores fijos y con enrejados de hierro (arts. 676 y 677). La corte de Douai ha fallado en sentido contrario, pero su sentencia se halla en oposición formal con el texto de la ley. En ésta se dice que la parte no medianera que descansa sobre una pared medianera y sobre un terreno común, de lo que resulta que la parte de la pared que es propiedad exclusiva de uno de ellos no se junta inmediatamente con la heredad del otro (1). Se ha contestado que ésto es demasiado sutil; á decir la verdad, esto es un error, porque estando considerada la parte no medianera como una propiedad distinta, se expresa la verdad diciendo que toca inmediatamente á la heredad vecina. Otra consecuencia del derecho exclusivo de propiedad que pertenece al vecino que ha levantado la pared, está consagrada por el art. 658, y es: "que él solo debe pagar las reparaciones de conservación por encima de la altura del cerramiento común."

564. El art. 660 establece que: "el vecino que no ha contribuido á la elevación de la pared, puede adquirir su

1 Douai, 17 de Febrero de 1810 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 546. En sentido contrario, Duranton, t. 5^o, p. 374, núm. 333, y todos los autores (Aubry y Rau, t. 2^o, p. 427 y nota 44).

medianería pagando la mitad del "gasto" que ha costado, y la mitad del valor del suelo proporcionado para el excedente de espesor, si es que lo hay." Esta disposición es una consecuencia del principio asentado por el art. 661, en virtud del cual todo propietario que se pone en contacto con una pared tiene la facultad de volverla medianera. Pero hay una diferencia de redacción entre los dos artículos. Cuando el vecino es el que adquiere la medianería de la parte levantada de una pared medianera, debe pagar la mitad del *gasto*; cuando un propietario es el que vuelve medianera una pared que pertenece á su vecino paga la mitad del *valor*. Puede ser considerable la diferencia entre el *valor* y el *gasto*. ¿Por qué establece la ley condiciones diferentes para el ejercicio de un sólo y mismo derecho, la adquisición de la medianería? En general, cuando se compra una cosa, se paga lo que ella vale, y no lo que ha costado; así, pues, el art. 661 no hace más que aplicar el derecho común; mientras que el art. 660 lo deroga, sin duda, para impedir que el vecino especule á expensas del que levanta la altura de la pared, dejándole obrar, salvo el comprar después la medianería pagando la mitad del valor, el cual muy á menudo es muy inferior al gasto. Pero ¿qué debe resolverse si la adquisición se hace en una época remota de aquélla en que se levantó la pared? Deja de haber sospecha de especulación, y por otra parte, habiendo disminuido la pared en valor ¿no sería injusto mantener la decisión del art. 660, cuando ya no existen los motivos que la hicieron pronunciar? Esta es la opinión general (1). A nuestro juicio, hay duda. El legislador no nos ha dado á conocer las razones que dictaron la disposición del art. 660; por lo que es muy problemático res-

1 Durantón, t. 5º, p. 377, núm. 334. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 193, núm. 292. Demolombe, t. 11, p. 418, núm. 375. Demante, t. 2º, p. 607, núm. 515 bis, 1.

tringir su aplicación por los motivos que se les supone á los autores del código. Nos parece más seguro y más jurídico ajustarse al texto.

565. Si el vecino que quiere dar mayor altura á la pared medianera se ve obligado á reconstruirla por completo á sus expensas, no por esto la nueva pared deja de volverse medianera, esto resulta del texto mismo del artículo 659: *la pared medianera es la que se reconstruye*; la nueva, reemplaza á la antigua. La única diferencia entre este caso y aquél en que los dos vecinos la reconstruyen, es que, en este último caso, los gastos son comunes. Si la nueva pared es medianera ¿no debe inferirse que lo es en su totalidad, y que el vecino, que no ha contribuido á los gastos de construcción, tiene los mismos derechos que el que la ha levantado? Hay cierta incertidumbre acerca de esta cuestión en la doctrina. Un punto sí es claro; que si se destruyera la pared, y se dividiera el suelo, la parte del terreno que se proporcionó para la reconstrucción pertenecería exclusivamente al vecino que ha debido tomarla en su fundo; es decir, que ha conservado la propiedad de ella. Lo mismo debe decirse de la parte correspondiente de los materiales, porque subsiste el mismo motivo para decidir; el propietario es el que los ha pagado, y debe pagarlos tan frecuentemente como haya motivo para reconstruir la pared. ¿No debe irse más lejos, y decir que como el vecino se aprovecha de la mayor solidez de la pared, deberá al que hizo el gasto una indemnización proporcionada á la ventaja que obtiene? En la doctrina que nosotros hemos enseñado, casi no es dudosa la afirmativa; si él puede reclamar una indemnización por el perjuicio que sufre á causa de la reconstrucción, justo es que pague una indemnización por la ventaja que obtiene. En la opinión general, al contrario, sería duro, y digámoslo de una vez, injusto, que el vecino que debe sufrir la reconstrucción,

sin poder reclamar una indemnización por el daño que padece, se viese obligado á pagar una ventaja que está lejos de compensar sus pérdidas.

a). *Límite de los derechos que resultan de la medianería.*

566. La medianería es una co-propiedad. Ahora bien, el co-propietario por el hecho mismo de no ser propietario exclusivo, no tiene un poder absoluto como éste. ¿Cuál es el límite preciso de los derechos que él puede ejercer en la cosa común? Mucho importaría tener un principio cierto en este particular, porque prevendría las dificultades que nosotros hemos encontrado. Desgraciadamente la ley permanece muda, y los mejores autores se hallan en desacuerdo, sin que siquiera se tomen el trabajo de discutir la cuestión. Pothier asienta el principio en los siguientes términos: "Debemos usar de la cosa común como buenos padres de familia, y sin causar "perjuicio" á aquél con quien ella no es común." Este, á nuestro juicio, es el verdadero principio, y de él hemos hecho más de una aplicación, núms. 355, 361. Pothier no ha permanecido fiel á este principio, supuesto que permite que el propietario de la pared medianera la levante, sea cual fuere el perjuicio que cause al vecino, y sin que esté obligado á indemnizarlo. El sigue, sin darse cuenta de ello, un principio diferente, que Zachariæ formula en estos términos: "Por extensos que sean los derechos que la medianería confiere, uno de los vecinos no puede, sin embargo, permitirse innovaciones que fueren de tal naturaleza que atacaran el "derecho" igual y recíproco del otro (1). "Este principio es mucho más amplio que el de Pothier. Conforme á este último, el comunista excede su derecho des-

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 208. Aubry y Rau, t. 2^o, página 428.

de el momento en que causa un "perjuicio" á su vecino. Según el primero, él está en su derecho cuando no lesiona el "derecho" de su vecino, aun cuando le causare algún perjuicio. Esto, en último análisis, es el principio que rige la propiedad exclusiva, porque el propietario debe también respetar los "derechos" de sus vecinos. ¿No es ésta una prueba de que el principio de Zachariæ es demasiado lato? Es imposible que el comunista tenga un poder tan extenso como el propietario. El límite de su poder es más estrecho de lo que comunmente se dice; su derecho se detiene en el punto en que hay perjuicios para el co-propietario.

567. El código no prevee más que una consecuencia del principio, acerca de la cual no podría haber ninguna duda, en ningún sistema. Conforme á los términos del artículo 675, uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, practicar en la pared medianera ninguna ventana ó abertura, de cualquiera manera que sea, aun con vidrieras inmóviles. Pothier da una razón perentoria. "La pared medianera, dice él, estando hecha para encerrarse y para recargar en ella lo que se juzgue oportuno, síguese de aquí que uno de los vecinos no puede, sin el consentimiento del otro, servirse de ella para otros usos; por esto es que él no puede hacer agujeros ó ventanas en la heredad del vecino." Sin embargo, es tal la incertidumbre que reina en esta materia, que en el consejo de Estado Tronchet criticó la disposición del art. 675; él la aprobaba cuando el vecino había construido contra la pared medianera, porque entonces hay que impedir que uno de los co-propietarios tenga vistas hacia la habitación del otro; pero si no había ninguna construcción, á él le parecía que la restricción á las luces dejaba de tener razón de ser. Treilhard le contestó que la pared medianera es una propiedad común, de donde se sigue que ninguno de los ve-

cinos puede disponer de ella sin el consentimiento del otro (1). Ciertamente que nó; el comunista no puede disponer de la cosa común, no tiene derecho á abusar; pero construir ventanas, no es abusar, sino usar. ¿Por qué, pues, el propietario de la pared medianera no tiene derecho? No hay más razón que la que da Pothier, y es que no es ese el destino de una pared que debe servir de separación y de apoyo.

568. La aplicación del art. 675 ha dado márgen á frecuentes debates cuando una de las heredades separadas por una pared medianera es expropiada por causa de utilidad pública: ¿el propietario del edificio que subsiste puede, en este caso, abrir luces ó vistas en la pared? Claro es que la expropiación no da á aquél de los vecinos que conserven su casa un derecho exclusivo en la pared: él era comunista, y sigue siéndolo. Pero ¿qué viene á ser el derecho del otro vecino? Si él es expropiado de un terreno abierto en contacto con la pared, él conserva la co-propiedad de la pared; pero esta pared ya no es pared medianera, supuesto que ya no separa dos heredades; es una cosa común; luego deben aplicarse los principios que rigen la comunidad. Según estos principios, uno de los comunistas puede hacer uso de la cosa común, con tal que no cause perjuicio á los derechos y al goce de su co-propietario; ahora bien, el que, en el caso de que se trata, practica una abertura en la pared común, ciertamente que no causa un perjuicio al vecino expropiado, que lesiona sus derechos, porque éstos se reducen á dividir el suelo y los materiales cuando se echa abajo la pared (2). Si la heredad expropiada fuese un edificio, en este caso la pared medianera ha sido

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 218. Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 29 (Loché, t. 4º, p. 169).

2 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).

adquirida por la calidad que es lo que hace la expropiación; luego ella sucede en el derecho del vendedor, y por lo tanto, la pared sigue siendo medianera entre uno de los vecinos y la ciudad. Por todo el tiempo que el edificio expropiado no se demuele ni se incorpora á la vía pública, la medianería subsiste con todos sus efectos. ¿Pero qué ha de resolverse si el edificio se demuele é incorpora á la vía pública? Aun en este caso, creemos que la medianería subsiste; no hay razón jurídica que la haga cesar, supuesto que de todos modos hay dos predios, por más que uno de ellos forme parte del dominio público. Síguese de aquí que la ciudad podría prevalerse del art. 675, si tuviese interés en ello. Lo más de las veces ella no tiene ningún interés, por lo que puede renunciar al derecho que le da la medianería, é implícitamente renuncia al autorizar los trabajos. Pero ella puede también no autorizar los trabajos sino mediante indemnización, porque sigue siendo co-propietario de la pared en tanto que no cede su derecho ó que el vecino prescriba la propiedad.

Núm. 3. De las zanjas medianeras.

I. Casos en qué las zanjas son medianeras.

569. "Se presumen medianeras todas las zanjas abiertas entre dos heredades" (art. 666). Esta presunción se funda, cómo la de la medianería de las paredes, en el interés común de los dos vecinos cuyas heredades están separadas por una zanja. La zanja puede estar destinada á facilitar el derrame del agua. ó para servir de cercado, ó para limitar las propiedades contiguas; en todos los casos, los dos vecinos tienen un interés igual en la zanja, luego es probable que la hayan abierto á gastos comunes. Esta probabilidad y la presunción que se deriva conservan su fuerza, están ó no circuidas las dos heredades. Así es