

ción es debatida. Conforme á los principios generales, ninguna duda habría. El art. 656 no es una disposición particular á las paredes medianeras, sino la aplicación de un principio que rige las cosas comunes y las obligaciones que engendra la comunidad; como no hay ningún vínculo personal, el comunista puede exonerarse abandonando la cosa por la cual se ve obligado. Luego la única dificultad está en saber si el código deroga estos principios en lo concerniente á las zanjas medianeras. Hay una ligera duda. Y es que ya era debatida la cuestión en el antiguo derecho; Goupy, el anotador de Desgodets, se pronunciaba por la negativa, en razón de que los gastos de conservación de una zanja son tan mínimos que casi no se justificaba el abandono. ¿El código, al guardar silencio, acaso no ha sancionado esta opinión? Nosotros no lo creemos. La grande autoridad que sigue el legislador francés, es Pothier; ahora bien, éste establece el derecho de abandono de una manera absoluta; puede abandonarse toda cosa común, dice él; y aplica formalmente la regla á las zanjas tanto como á los setos (1). Esto nos parece decisivo tanto más cuanto que es mala la razón que Goupy aduce. Al copropietario incumbe ver cuál es su interés y proceder en consecuencia; el legislador no se mezcla en asuntos privados, sino que otorga derechos á los particulares y éstos los aprovecharán ó nó según les convenga.

La facultad de abandonar la medianería recibe algunas excepciones. Cuando la zanja sirve de linde, se admite que el copropietario no puede abandonarla. Esto se funda en el art. 646, por cuyos términos todo propietario puede obligar á su vecino al deslinde de sus propiedades conti-

1 Desgodets sobre el art. 13 "de la costumbre de París," número 2, y la nota de Goupy. Pothier, *De la sociedad*, núms. 226 y 229. Demante, t. 2°, p. 617, núm. 523 bis. Demolombe, t. 11, p. 521, números 461 y 462. En sentido contrario, Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 205, núm. 303.

guas (1). La razón nada tiene de decisivo. ¿Qué es lo que impide al vecino, que abandona la medianería del fundo, á que en seguida contribuya á la plantación de lindes? El cumple con el art. 646, á la vez que usa del derecho que le da la comunidad. Los anotadores de Zachariæ admiten la excepción en otro concepto; dicen ellos que el derecho, de abandonar la medianería no puede ser ejercido por aquél de los vecinos al cual sirve la zanja para el derrame de las aguas pluviales ó de usos domésticos. En efecto, el comunista no puede abandonar la cosa común cuando le es necesaria y cuando después de haberla abandonado continúa sirviéndose de ella. El art. 656 aplica este principio á la pared medianera y resuelve que aquél cuya construcción sostiene no puede abandonar la medianería. Hay idénticas razones respecto á la zanja medianera (2).

Hay una segunda excepción fundada en el interés público. Si la zanja sirve de lecho á una agua corriente, entra en la aplicación de la ley de 14 floreal, año XI, que permite á la administración ordenar la limpia: ésta es una carga que pesa sobre los ribereños, y los particulares no pueden librarse de una carga pública. Las autoridades locales tendrían también el derecho de prescribir la limpia de las zanjas por motivos de salubridad; en este caso, también la carga sería de interés general, y por consiguiente, no se admitiría ninguna renuncia ni ninguna derogación (3).

Núm. 4. De los setos medianeros.

I. Casos en que los setos son medianeros.

576. "Se tiene por medianero todo seto que separe á las heredades," art. 670. Sé pregunta si esta disposición se

1 Demolombe, t. 11, p. 522, núm. 461. Esta es la opinión general (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 586).

2 Aubry y Rau, t. 2°, p. 434 y nota 75.

3 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 2°, p. 434, n. 74.

aplica á los setos muertos. Cuando se atiende uno al texto, no hay duda alguna, los términos son generales y excluyen toda distinción. Pero la cuestión se pone dudosa si se hace á un lado la letra de la ley para penetrar en su mente. Existe un motivo particular que hace que se presuma la medianería de los setos plantados en el límite de dos heredades. El propietario no puede hacer ninguna plantación en la línea que divide las heredades; él debe observar la distancia prescrita por los reglamentos ó usos, y á falta de éstos, no puede plantar un seto vivo sino á la distancia de medio metro. Así, pues, cuando se encuentra un seto plantado en la línea separativa, debe suponerse que se plantó con consentimiento de los dos propietarios, y por consiguiente, que les pertenece en común. No puede decirse otro tanto de los setos muertos; el propietario tiene derecho á plantarlos en el límite extremo de su finca, y apenas si puede decirse que constituyan un cercado; luego no hay razón para presumir que sean medianeros (1). Estos motivos habrían sido de mucho peso si los autores del código los hubieran avanzado. Pero en los trabajos preparatorios nada indica, que la presunción del art. 670 se funde en la disposición del art. 671. Luego hay que ceñirse al texto. La presunción, por otra parte, tiene su razón de ser, aun cuando el seto sea seco, y es el motivo que justifica todas las presunciones de medianería, es decir, el interés común de ambos vecinos. Si no se presume que el seto es medianero, ¿en dónde estará el motivo para decidirse á favor de uno de los vecinos más bien que á favor del otro? (2).

577. Para que haya presunción de medianería se necesita, según el art. 670, que el seto separe dos heredades. Si el seto no se encuentra en la línea separativa de dos

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 205, núm. 304.

2 Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. 2º, p. 434, nota 77). Demolombe, t. 11, p. 531, núm. 409.

predios contiguos, cesa la presunción, y deja de tener razón de ser. ¿Cómo se sabrá si el seto se encuentra en el límite? La cuestión se decide conforme al derecho común. Si hay mohones más allá de los setos, ya no puede decirse que el vallado separe las dos heredades; éstas están separadas por los mohones, y en consecuencia, el vallado ó seto será la propiedad de aquél en cuyo fundo esté plantado (1). Pasaría lo mismo si más allá del vallado hubiese una zanja medianera; ésta serviría de separación, y en consecuencia, el vallado pertenecería al dueño del predio en el cual existe, como su accesorio. Este último punto da lugar á dificultades.

Antes hemos dicho (núm. 571) que el código no reproduce la presunción que varias costumbres admiten, y que había dado lugar al proverbio: que la zanja pertenece al vallado. Así, pues, la cuestión debe resolverse según los principios generales. Cuando la zanja es medianera, no hay duda alguna, como acabamos de expresarlo; y cuando la zanja pertenece á uno de los vecinos, ni siquiera puede haber cuestión. Pero ¿qué es lo que debe resolverse si la propiedad ó la medianería de la zanja se pone en tela de juicio? Este punto es decisivo, en cuanto á la propiedad del seto; luego, antes que todo, debe verse á quién pertenece la zanja. Ordinariamente se invocan probabilidades de las que se hacen presunciones á favor de uno ú otro de los dos vecinos. Esto viene á parar en crear presunciones legales sin ley, lo que es inadmisibile. Así es que uno de los vecinos pretende haber plantado el seto á la distancia impuesta por el art. 671, y que en el terreno que ha debido dejar más allá del vallado, ha abierto una zanja; él reclama, pues, la zanja y el seto como su propiedad exclusiva. A decir verdad, el art. 671 no establece

1 Duranton, t. 5º, p. 403, núm. 367.

ninguna presunción, y ninguna puede deducirse de él porque el intérprete no tiene derecho de crear presunciones. Existe una presunción de medianería respecto á la zanja con la condición que se halle entre dos heredades, que es lo que está uno suponiendo. El que quiere combatir esta presunción debe aducir un título ó establecer la prescripción; puede, además, invocar el signo de falta de medianería consagrado por el art. 668. El resultado del debate sobre la propiedad de la zanja resolverá la cuestión de la propiedad del seto. ¿Sostendrá el otro vecino que el seto es el medianero, y que la zanja le pertenece? El deberá probar que es propietario de la zanja; y si no tiene en su favor el signo de falta de medianería del art. 668, deberá rendir prueba de su pretensión por medio de título ó de prescripción. Si él no logra administrar dicha prueba, la zanja será medianera en virtud del art. 666, lo que tendrá, por consecuencia, la propiedad exclusiva del vallado á favor del otro vecino. En definitiva, el derecho común es lo que decide. Si la cuestión ha dado marged á pareceres tan diferentes, es porque se ha querido recurrir á presunciones sin más base que simples probabilidades. Mucho se simplificarían las cuestiones debatidas, si se hicieran á un lado las pretendidas presunciones que los autores imaginan cada cual según lo pide su causa.

578. La presunción de medianería del seto cesa, según los términos del art. 670, cuando una sola de las heredades se halla en estado de cerramiento. Esto quiere decir que en tal caso el vallado pertenece exclusivamente al propietario de esa heredad, en virtud de una presunción de no-medianería que resulta de la ley. El código sigue respecto á los setos el principio que establece respecto á los cercados en los campos y respecto á la pared que separa dos edificios, es decir, que no admite la presunción de medianería sino cuando las dos heredades están circui-

das, mientras que las zanjas se tienen por medianeras aun cuando los predios no se hallen en estado de cerramiento. ¿Por qué la ley hace del cerramiento una condición sin la cual el vallado no se tiene por medianero? Porque los vallados, lo mismo que las paredes, se destinan, sobre todo, á cerrar las heredades, luego cuando una de éstas está circuida y la otra no lo está, debe suponerse que el seto fué plantado por el que cuidó de cerrar su predio, porque dicho seto completa su cerramiento, mientras que ninguna utilidad tiene para el otro vecino cuyo fundo está abierto. Si ninguno de los fundos estuviese cerrado, la presunción de medianería recobraría su imperio; se supone que en este caso el seto se plantó para deslindar las heredades contiguas (1).

En el antiguo derecho, se tenía en cuenta el mayor ó menor interés que uno de los vecinos tenía en circuir su heredad, para resolver la cuestión de propiedad ó de medianería. Así es que, dice Pothier, si el vallado está entre viñedos ó predios por un lado, y tierras labrantías ó prados por el otro, se presume que pertenece al propietario del viñedo ó del prado, porque no existe apariencia de que el otro vecino, cuyas heredades no necesitaban cercado, haya contribuido á éste no teniendo ningún interés. El código rechaza estas presunciones por el hecho sólo de no reproducirlas. Muy difícil es apreciar el interés que cada vecino puede tener en cercarse; la apreciación de este interés tan diverso y tan cambiante conduciría á decisiones arbitrarias y á menudo erróneas. El legislador ha preferido una presunción general que muy rara vez engaña: cuando hay cerramiento de los dos lados, hay interés común en cercarse: cuando ninguno de los predios está cerrado, hay interés común en demarcar las heredades.

1 Durantón, t. 5º, p. 403, núm. 368. Demolombe, t. 11, p. 531, número 471.

Pasa lo mismo con todos los antiguos usos que establecían presunciones según el cultivo diverso de los predios contiguos. Uno de los fundos es un bosque; era costumbre en ciertas localidades que el seto que se encontraba entre el bosque y la heredad fuese conservado por el propietario de ésta, á expensas del bosque; de aquí una presunción de comunidad aun cuando el bosque no estuviese cercado. Se ha fallado que el art. 670 ha abolido estas costumbres; luego no hay presunción de medianería entre fundos igualmente cerrados ó nó (1).

579. Réstanos saber qué debe entenderse, en el artículo 670, por estas expresiones: "heredades en estado de cerramiento." El código no define el cerramiento, y como se trata de un requisito para la existencia de una presunción legal, no puede añadirse nada á la ley, lo mismo que nada puede suprimírsele, sea lo que fuere. Luego debe resolverse que el cerramiento es una cuestión de hecho, y que la heredad estará cerrada desde el momento en que esté rodeada de paredes y de un vallado, ó de zanjas y de un vallado, ó de vallados por todos sus lados. No es ésta la opinión de Durantón. Como el art. 670 habla de un cerramiento especial consistente en vallados, infiere que por heredades cerradas se entienden fundos rodeados por todas partes de setos vivos; y por lo mismo deduce que si una de las heredades estuviese rodeada de setos vivos por los cuatro lados, mientras que la otra estuviese rodeada por tres lados de zanjas ó de setos muertos, el vallado que los separa no se tendría por medianero, y debería atribuirse al propietario del predio rodeado de setos por todas partes. Esta opinión no se recibe con favor, y con razón, porque tiende á reproducir los antiguos usos que admitían presunciones diversas según la variedad de inte-

1 Bourges, 30 de Noviembre de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, número 612).

rés. La disposición absoluta del art. 670 excluye todas estas distinciones (1).

580. ¿Basta que las dos heredades estén circuidas en el momento en que se entabla el debate, ó hay que tener en cuenta la época en que se plantó el seto? ¿y si en esta época una sola de las heredades estuviese circuida, había, no obstante, presunción de medianería? Es de principio, en materia de presunciones, que el que las invoca debe probar que existen las condiciones que se requieren para la existencia de la presunción. Ahora bien, la presunción del art. 670 se funda en la suposición de que el vallado se plantó de común acuerdo por los vecinos para cercarse. Luego si se prueba que cuando se plantó, una de las heredades estaba cerrada solamente, el motivo en el cual descansa la presunción cae por tierra. No puede objetarse, como se hace respecto á la paredes medianeras, que el vecino que posteriormente se ha cercado tenía interés en comprar la medianería del vallado. En primer lugar, él no tenía derecho á forzar al propietario á cedérsela, según veremos más adelante. En segundo lugar ¿qué interés tenía en adquirir esa co-propiedad? El que edifica tiene sumo interés en apoyar su construcción en la pared ya existente; mientras que el que se cerca no tiene el menor interés en ser co-proprietario de un seto. Así, pues, faltan todas las bases de la presunción, y por lo tanto hay que resolver que la presunción no existe. Se ha fallado, conforme á estos principios, que si se ha plantado un seto entre dos heredades cerradas, sigue siendo medianero, aun cuando en el momento del litigio, una de ellas no estuviese en estado de cerramiento: el que es co-proprietario del seto no puede perder su propiedad, porque un predio no esté cerrado, lo mismo que el co-proprietario de una pared

1 Demolombe, t. 11, p. 432, núm. 472. Durantón, t. 5º, p. 404, número 368.