

permanece propietario de ella, aun cuando llegase á destruirse la construcción que la pared sostiene (1).

¿Qué debe decidirse si el vallado ha sido plantado por el propietario de dos heredades, las cuales fueron después vendidas á dos personas diferentes? El art. 670 ya no es aplicable; tampoco puede invocarse el destino del padre de familia, porque si este destino equivale á un título respecto á la adquisición de las servidumbres, no puede decirse otro tanto de la adquisición de la propiedad; y en este caso, se trata de propiedad y no de servidumbre. Así, pues, la cuestión debe resolverse según la voluntad de las partes contrayentes. Se ha fallado que el seto se ha vuelto común, porque al vender ninguna razón tendrá para atribuir el vallado á una porción de su heredad más bien que á otra (2).

581. El art. 670 que presume medianero el vallado, agrega: "Si no existe título ó posesión suficiente en contrario." En cuanto al título, debe aplicarse lo que hemos dicho de las zanjas y paredes medianeras; es superior á todo género de presunciones. Si el seto se hubiese plantado antes de la publicación del código civil, habría que tomar en consideración los usos bajo cuyo imperio contrataron ambas partes, porque tales usos se consideran como convenciones tácitas; ahora bien, si el derecho antiguo está abrogado, los convenios celebrados entre particulares no lo están. Hay una sentencia de la corte de Lieja en este sentido. Estaba comprobado que, según una costumbre de la jurisdicción de Herve, los setos formando cerramientos entre vecinos se dividían entre éstos, de modo que cada uno cultivaba, mantenía y reparaba la porción de vallado cuya propiedad dividida poseía; la corte consideró este

1 Caen, 1.º de Julio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 13).

2 Bruselas, 9 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, p. 100).

uso como un convenio tácito, y aplicado por este título (1).

¿Qué debe entenderse por *posesión suficiente en contrario*? Déjase entender que uno de los vecinos puede prescribir la propiedad exclusiva del seto por una posesión trentenaria; esto no es más que el derecho común, supuesto que esta posesión equivale á un título y supone la existencia de éste. Hánse prevalido del texto del art. 670 para sostener que la posesión ánua es suficiente para destruir las presunciones establecidas por la ley. La jurisprudencia, con excepción de algunas sentencias aisladas, ha rechazado esta doctrina. No vemos por que la posesión ánua tendría más efecto en materia de setos que respecto á zanjas y á paredes medianeras. Si el código habla de la posesión contraria á la presunción de medianería de los setos, mientras que no menciona la posesión cuando se trata de paredes y zanjas que se presumen medianeras, es porque los hechos de posesión son más frecuentes y más regulares para los vallados que para las zanjas y paredes. Concluir de esto que el legislador ha dado á la posesión ánua un efecto que ordinariamente no tiene, es hacer un mal razonamiento. La ley no deroga los principios generales por una palabra equívoca. Y hasta puede sostenerse que las expresiones *posesión suficiente* no son equívocas. En efecto, la ley pone á la posesión en la misma línea que el título, luego equivale á título; ahora bien ¿cuál es la posesión que equivale á título? ¿La posesión trentenaria y no la ánua?

## II. De los derechos y obligaciones que resultan de la medianería.

582. El código nada dice de los derechos y obligaciones que resultan de la medianería de los vallados, y esto porque acababa de hablar de las zanjas y de las paredes

1 Lieja, 5 de Enero de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 185).

medianeras, y los principios son idénticos. Pothier hace la aplicación en pocas líneas. La leña que proviene del esquila del vallado y los frutos de los árboles que en él se encuentran se distribuyen entre aquellos á quienes el seto es común. Cada uno de ellos está también obligado á la conservación y á las reparaciones que deben hacerse: si es que no prefiere abandonar su derecho de comunidad (1). Esto no es más que el derecho común, en materia de obligaciones que resultan de la medianería. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho (núm. 546).

### III. De los árboles medianeros.

583. Según los términos del art. 673, los árboles que se encuentran en el vallado medianero son medianeros como éste. Esto no es más que la aplicación del principio según el cual los frutos pertenecen al propietario del suelo; cuando éste es la co-propiedad de los vecinos, las plantas también les pertenecen en común. Otra cosa sería si los árboles estuvieran plantados en la línea separativa de dos heredades, de manera que el tronco estuviese en parte en uno de los fundos y en parte en el otro. En este caso dejaría de haber comunidad, puesto que el suelo no es común. Esto sería una propiedad dividida, que pertenecería á cada uno de los vecinos proporcionalmente con la parte de tronco que se encuentra en su heredad (2). Cuando el árbol es medianero, se aplican los principios que rigen los derechos y las obligaciones que resultan de la medianería. Cuando el árbol pertenece á varios propietarios, los derechos y las cargas se dividen en la misma proporción (3). Duranton extiende el principio de repartición proporcio-

1 Pothier, "De la sociedad," núm. 226. Aubry y Rau, t. 2º, página 435 y notas 82-83.

2 Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, p. 736.

3 Pothier, "De la sociedad," núm. 226.

nal al caso en que el árbol es medianero; según él, la medianería no es perfecta; y apoya su decisión en leyes romanas. Esta opinión se ha quedado aislada, y por una excelente razón, porque el texto del código le es contrario: el art. 673 dice que los árboles son medianeros como el seto. ¿Acaso el seto pertenece á cada uno de los vecinos por una parte dividida? La medianería es perfecta en cuanto al seto.

584. El art. 673 dice que cada uno de los dos co-propietarios de un árbol medianero puede pedir que sea derribado. Esto no es más que el derecho común consagrado por el art. 815, el cual permite que se pida la partición de una cosa común. Pero la ley no aplica este principio á la medianería; ésta, en general, produce una indivisión forzada, núm. 494; se admite, en consecuencia, como vamos pronto á decirlo, que los setos medianeros no pueden dividirse á instancia de uno de los comunistas. Así, pues, la disposición del art. 673 es una excepción de las reglas que rigen la medianería. Esta excepción se explica. Los vallados medianeros sirven de cerramiento, no dañan á la agricultura, sino que, al contrario, previenen las usurpaciones de los vecinos. Mientras que los árboles sí dañan el cultivo, y la repartición de los frutos origina cada año entre los vecinos contiendas que es importante prevenir. El art. 673 recibe una excepción cuando los árboles sirven de lindes. Es de principio que los lindes plantados con nuestro consentimiento no pueden ser trasladadas sin el concurso de voluntades de ambos vecinos; el código penal coloca entre los delitos el hecho de arrancar los lindes sin el consentimiento de los propietarios, art. 456 del código penal de 1810.

#### Núm. 5. Principios comunes á las zanjas y setos.

585. Hay algunas disposiciones especiales á las pare-

des medianeras que no tienen aplicación en los vallados y zanjas. En las ciudades, cada cual puede obligar á su vecino á que construya una pared medianera, art. 663; ésta es una excepción al derecho común, y por lo tanto, de estricta interpretación; luego uno de los vecinos no podría obligar al otro á cercarse por medio de zanja ó vallado. Se concibe, por otra parte, que no se alcanzaría el fin que el legislador se propuso al prescribir el cerramiento forzado en las ciudades, si las heredades urbanas estuvieran separadas por una zanja ó por un seto. Del mismo modo, el art. 661 permite á todo propietario que se pone en contacto con una pared, el volverla medianera. La cesión forzada es también una excepción al derecho de propiedad; de donde se sigue que no se puede obligar al propietario exclusivo de una zanja ó de un seto á que ceda la medianería. Debe añadirse que los motivos de interés general que justifican la cesión forzada de la pared medianera son extraños á los setos y á las zanjas. Todos, con poquísimas excepciones, están de acuerdo en estos puntos.

586. La indivisión forzosa es uno de los caracteres que distinguen la medianería de las paredes, art. 494. ¿Pasa lo mismo con las zanjas y setos? Acerca de este punto hay alguna incertidumbre. Se ha fallado que uno de los vecinos no podía pedir la partición de una zanja común (1). La sentencia invoca, en primer lugar, un motivo aducido por Pardessus: habiéndose formado la comunidad por un concurso de voluntades, se necesita también el consentimiento de los dos propietarios para ponerle término. Esto es plantear mal la cuestión. El art. 815 dice que nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión, sin distinguir si la comunidad se ha formado por contrato ó por cuasi-contrato. Este principio es de orden público. Si se

1 Angers, 1º de Junio de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 590).

admite que reciba una excepción en materia de medianería, es porque el art. 656 implica que los co-proprietarios de una pared medianera no pueden pedir su partición, lo que, por otra parte, está en armonía con el fin que se propusieron las partes al construir una pared medianera. La cuestión consiste, pues, en saber si los motivos que justifican la indivisión forzada de las paredes medianeras existen respecto á las zanjas y vallados.

En primer lugar, no existe para los setos y zanjas un texto análogo al del art. 656; por esto se debate el abandono de la medianería de las zanjas y vallados; si se admite, no es por aplicación del art. 656, sino porque en principio uno puede libertarse de las cargas á las que se está obligado como detentador de una cosa, lo que nada tiene de común con la indivisión forzosa. Quedan los motivos de interés general; y éstos, hay que confesar, que casi no se refieren más que al cerramiento en las ciudades y en éstas no puede tratarse ni de zanjas ni de setos. En el campo, el único interés que los propietarios tienen, en general, en establecer una pared, una zanja ó un seto, en el límite de sus heredades, es el deslinde que impida las usurpaciones tan frecuentes entre vecinos; y para esto no es necesario una zanja ni un seto; las piedras-mohones presentan la misma ventaja, y permiten que cada uno de los vecinos utilice un terreno precioso para la agricultura ó para las condiciones.

La corte de Angers invoca el art. 669 que impone á los ribereños la obligación de mantener en buen estado la zanja medianera á expensas comunes; de aquí infiere la corte, que les está prohibido colmarlo. Esto no es serio. Sin duda que uno de los vecinos no puede proceder por vía de hecho, como en el caso se había verificado. El debe pedir la partición; en tanto que ésta no tenga lugar, se aplicará el art. 669; pero desde el momento en que la cosa común

sea dividida, ya no es cuestión de conservarla supuesto que ya no existe. Demolombe hace una objeción más seria: la indivisión forzosa, dice él, es de la esencia de la medianería; luego existe de pleno derecho para todas las cosas medianeras. Nosotros hemos contestado de antemano al argumento, probando que los motivos que requieren la medianería de las paredes no tienen aplicación respecto á las zanjas y setos. Añadamos que el art. 673 prueba que no todas las cosas medianeras son necesariamente medianeras, supuesto que permite que se arranque, y por consiguiente, que se reparta un árbol medianero. La indivisión forzada, aun en lo concerniente á la medianería, debe más bien considerarse como una excepción, supuesto que deroga el principio de orden público escrito en el artículo 815.

Nosotros aplicamos estos principios á los setos tanto como á las zanjas. Los autores mismos que aceptan la división de la zanja medianera están de acuerdo en mantener la indivisión forzosa de los setos. Los motivos que da Duranton para justificar esta diferencia entre los setos y las zanjas no tienen ningún valor; son puras consideraciones de hecho, la facilidad de cavar una zanja, la dificultad de establecer un seto vivo ¿Qué tiene esto de común con los principios que rigen la indivisión? (1).

Se ha fallado por la corte de casación, á informe de Pardessus, que el co-propietario de un seto puede arrancarlo reemplazándolo por una pared; éste se había levantado en un terreno perteneciente exclusivamente al constructor. La sentencia dice que no hay acción sin interés, y la corte de Pothiers había comprobado de hecho que el vecino no experimenta ningún perjuicio por la substitución de un seto

1 Duranton, t. 5º, p. 417, núm. 331. En el mismo sentido, Demolombe, t. 11, p. 533, núm. 479. Aubry y Rau, t. 2º, p. 438. n. 84.

por una pared (1). ¿Era ésta propiamente una cuestión de interés? Era más bien una cuestión de propiedad ¿El que no es co-propietario puede disponer de la cosa común? Ciertamente que nó. En nuestra opinión, el comunista puede pedir la repartición del seto, salvo el construir después en su fundo el cerramiento que quiera, pero no puede hacerlo sin el consentimiento voluntario ó forzado de su vecino. Con mayor razón no puede arrancar el seto todo entero. Era, pues, preciso, en toda hipótesis ó el consentimiento del vecino ó la intervención judicial.



FIN DEL TOMO SEPTIMO.

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Abril de 1829 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 616).