

MEDIANERÍA

PRECEDENTES. ORDENACION. NATURALEZA.
PROBLEMAS.

Medianería se llama a la pared, muro, cerca, vallado, etc., que separa dos fundos, y sobre la cual los propietarios de los mismos tienen ciertos derechos comunes e indivisos.

Medianería es el término expresivo del derecho de los mismos, aunque a veces se emplea también para indicar el objeto de estos derechos, o sea el muro, cerca o vallado.

Para unas ligeras consideraciones sobre este derecho, dividiremos la materia en: Precedentes, Ordenación o reglamentación legal, Naturaleza, e indicar algunos problemas que pueden presentarse, requiriendo una nueva ordenación legal, producto de una mayor atención y un más detenido estudio de esta figura.

Si con mi modestísima aportación promuevo un despertar de esta atención, aunque los resultados a que pueda llegarse por plumas más autorizadas que la mía discrepen o contradigan los que señale, se habrá cumplido mi propósito.

PRECEDENTES

La figura jurídica medianería, no podía surgir en los pueblos de la antigüedad:

Primero. Por la no individualización de la propiedad territorial; las tierras ocupadas temporalmente por la horda (caza y frutos naturales), recibidas después por ésta de su Dios protector, atribuídas después a la comunidad, tribu, gens, etc., etc., al So-

berano últimamente, se entregaban para su explotación en parcelas (lote, suerte, alodio, a=hloth) a los componentes individuales del nascente Estado, y el régimen religioso-político, autorizante de esta atribución, era la garantía de la misma, sin que se establecieran límites permanentes, ni precisar de ellos más que :

A) En las fronteras del territorio, limítrofes o con pueblos hermanos confederados, o con un terreno sin dueño, zona de aislamiento, teatro de las correrías de otros pueblos, terreno sin Soberano ni Dios protector.

B) En los espacios considerados morada del Dios, lugares de celebración de ceremonias, vivienda a veces del sacerdocio, cuidadosamente delimitados y, por regla general, prohibido el penetrar, bajo severísimas penas, salvo en las grandes fiestas y solemnidades.

Al fijarse más el pueblo a la tierra, consecuencia de una más constante y regular explotación agrícola, se determina más su relación con ella, y los límites de las propiedades se ponen bajo la salvaguardia de los Dioses, que amenazan con horrendos castigos su alteración (Babilonia, Asiria), o bajo un Dios especial (Terminus), especie de detentación, en nombre del Dios propietario, al que se deben tributos en especie, el temor al castigo sobrenatural garantiza los límites marcados. Deuteronomio: «Mal-dito sea el que remueva los linderos de su prójimo.»

Precisa, pues, una individualización avanzada de la apropiación de la tierra (Dinastía, Zin Amasis, Solón) para que surja el verdadero límite continuo y permanente y con él la regulación de la medianería o figura jurídica de los derechos sobre el límite común ; y, además, se requiere que el individuo venza a las supervivencias de los derechos comunales (servidumbres, derechos de pastos, después de levantadas la cosechas, amplísimos pasos pecuarios, etcétera).

Segundo. Por precisar, además, un crecimiento urbano para adquirir su pleno desarrollo e importancia. El límite rústico es de fácil regulación ; el urbano presenta mayor complejidad.

Por ello, tampoco puede adquirir la figura amplio desenvolvimiento en el derecho antiguo. Las urbes nascentes son agrupaciones de caseríos rústicos, que se reúnen junto a los templos y lugares de peregrinación (mercados y ferias primeras), junto a

fortalezas, en principio montes con defensas naturales y próximos a cursos de agua, para resistir asedios, pero son casas aisladas y de materiales poco duraderos.

En Roma, la casa es morada del Dios Laar (1) (etrusco), ha de estar por ello separada de las demás; la casa es una *insulae*, rodeada del *ambitus*, debiendo entre unas y otras mediar el espacio legítimo (dos pies y medio en fundos urbanos), producto natural del antiguo horror a la agrupación que tan vivo nos manifiesta la Biblia en el pueblo judío: Isaías, «¡Ay! ¡Ay!; de los que juntáis casa a casa y añadís tierra a tierra hasta el término del lugar.»

Dada esta separación, vemos que es necesario un crecimiento de la urbe, una afluencia de negocios e intereses, de actividad concentrada en un lugar, con concurrencia de los interesados: propietarios, esclavos, mercaderes, peregrinos, cambiantes, intérpretes, etc., que haga subir el valor del suelo, para que las casas se unan, se entremezclen y penetren y surja con ello la necesidad jurídica de regular las servidumbres urbanas y el estado especial de medianería.

No se presentó, pues, a la consideración de los juristas romanos; tenía que resentirse de una primera reglamentación puramente rústica y aun de una posterior urbana fragmentaria por costumbres y ordenanzas municipales.

Para que la materia exija mayor atención y una más exacta regulación tenemos que llegar a las urbes modernas, en propiedad plenamente individualizada, renta consiguiente de la tierra y consiguiente extraordinario valor del suelo (productor sin trabajo de plus valía), a más de las nuevas complicaciones de una técnica de construcción, forzada por la renta a cada día mayores elevaciones.

Su primera reglamentación es producto de costumbres. En España, costumbres de Barcelona principalmente; en Francia, costumbres de París y Orleans.

Encontramos regulada la medianería (*pariet mitgera*) en las célebres Ordenaciones de Sancta Cilia de Jaime II (Brocá-Durán y

(1) *Cicerón*. Pro domo, 4 «hic arce sunt, hic foci, hic dii penates.»

Bas-Mouton), comprendidas en el título II *De servituts*, libro IV, volumen II de las Constituciones, con carácter de servidumbre urbana, principalmente «Costumbres de la ciudad de Barcelona sobre las *servidumbres* de las casas y honores, vulgarmente dichas de Sancta Cilia», Ordinaciones I-39 y 40. De aproximación a la pared, 3 y 13 de pared medianera, 6 a 8 de agua, en y cerca de pared medianera, 23-38 cercas de huerto, 56 cerca en conducción de agua y desagüe: y relacionadas con ella, 2 y 50 de claraboya, 19 y 45 letrina, 21 telares, 35 contrapared en huerto junto a edificio ajeno, 54 pozo, 55 horno, 65 y 66 cerca en terrado, 67 a 70 paredes de piedra y de ladrillo y su valuación. Y en los capítulos 58, 59 y 65 del Privilegio *Recognoverunt* Próceres «De las consuetuds de Barcelona», título XIII, libro primero, volumen II de las Constituciones: que prohíben cargar en pared hecha por el vecino, aun en solar medianero (era costumbre hacerla en él, hasta la altura del primer piso, el que primero construía), sin convenio o pago previo de la mitad del costo de la obra, Ordenación 3 y 40; ni cargar en pared común sin pagar los gastos que le correspondan, Capítulo 59, P. Rec. Proc.; de no existir la medianería y salvo los derechos adquiridos, luces, por ejemplo (Ord. I y 2, Cap. 58 P. Rec. Proc.), podía, sin embargo, construirse junto a la pared ya construída, sin que surgiera la medianería (Ord. 39).

En Aragón está también regulada con carácter rústico, por las Ordenanzas de Montes de 22 de Mayo de 1722, Cap. 125: «La tapia que se construya entre dos heredades, por convenio de los dueños, debe levantarse en la margen inmediata y construirse con *tierra tomada por mitad* de una y otra heredad y a costa de ambos dueños; las costas del tapiar han de pagarse a medias», clara forma de comunidad. Según las Ordenanzas, no estaban obligados en igual proporción en caso de mayor elevación hecha por un solo Cap. 126, tenían derecho de abandono para no tener que contribuir a los gastos (Cap. 129), y concedían el derecho de adquisición forzosa de la mitad de la cerca ya construída por otro (Cap. 131).

Fijémonos en esta reglamentación tan peculiar al límite rústico, que será luego la de los Códigos modernos y que no podrá aplicarse a los nuevos problemas urbanos, es decir, se regula, pa-

red o muro, en principio sólo de tierra, implicando, como tal tierra, no separada del suelo, un derecho de condominio de éste, natural en el término rústico donde no puede verse su limitación inaceptable hoy. Es lo mismo en Cataluña, Ord. 43 de Sancta Cilia: «Si alguno fuese requerido para cercarse con su vecino, debe poner por su parte *la mitad del suelo*, y si él no quedase cercado como el requirente, nada está obligado a pagarle hasta que esté cercado, así como lo estuviese el otro, a excepción *del suelo, del cual debe poner la mitad...*»

Tales son los precedentes de la regulación en esta materia, costumbres más o menos generales, recopiladas o no, y Ordenanzas municipales. Castán: «En nuestro derecho histórico, la medianería estuvo sometida a las reglas inorgánicas de las Ordenanzas municipales y de la jurisprudencia, hasta que la ha regulado sistemáticamente el Código civil.»

Veamos esta regulación sistemática, copiada del Código civil francés, y dejando como vigentes supletorios, Ordenanzas y Usos locales (art. 571).

ORDENACIÓN

La estudia el Código en el libro 2.º, título 7.º, «De las servidumbres»; cap. 2.º, «De las servidumbres legales»; sección 4.ª, «De la servidumbre de medianería», estudiándola como una sola figura, sin distinguir, como en Francia, desde su ley de 20 de Agosto de 1881, la de muros y la de otras clases de límites (artículos 666 a 670 del Código civil francés).

Constitución.—Es frecuente por convenio entre los propietarios colindantes; es también corriente a consecuencia de enajenación reservarse tal derecho en la pared divisoria.

Por prescripción de treinta años, poseyéndola como común (Planiol).

La constitución que ofrece interés es la que se efectúa por mandato legal; la ley establece presunciones a favor de la existencia de la misma, art. 572 (653 Código civil francés), salvo que existan signos exteriores contrarios, arts. 573 y 574 (654 y 666 Código civil francés, 921 Código civil alemán: éste no los enumera), pero además se concede un derecho de adquisición forzo-

sa, de la mitad utilizable, de un muro ya construido, y debemos fijar nuestra atención en este punto, pues aclarará luego la naturaleza de este derecho.

Según nuestras costumbres forales, lo usual, era construir sobre terreno de ambos dueños y luego, el no constructor, reteniendo la propiedad de la mitad del suelo, al construir a su vez o precisar utilizar el muro, pagaba al constructor la mitad de los gastos hechos por éste; ésta era la costumbre en Cataluña, y así debe también considerarse el capítulo 131 de las Ordenanzas para Zaragoza (Ciudad y huerta).

Igual derecho se encuentra en otros países; en Suiza, por ejemplo, el llamado «Recht der halben Hofstatt».

El Código civil francés estableció en su artículo 661: «Todo propietario lindante con un muro, tiene también la facultad de hacerlo medianero en todo o en parte, reembolsando al dueño del muro la mitad de su valor, o la mitad del valor de la porción que quiere hacer medianera, y la *mitad del valor del suelo* sobre el que está construido el muro»; es decir, adquisición legal forzosa, total o parcial, no sólo en la mitad de lo construido, sino de la mitad del suelo ajeno, resultado natural de los vestigios de unos precedentes puramente rústicos y de una poco profunda atención al problema.

Este precepto tiene que chocar a los comentaristas, y la pobreza del modo de eludirle es la mejor prueba de nuestra afirmación; faltos de un claro concepto de la naturaleza de la medianería, no pudiendo por ello oponer una mejor ordenación, un nuevo principio, frente al legal; respetando a éste, que es tan sólo resultado de una repetida reglamentación consuetudinaria en tal sentido, se limitan a evitar el choque del precepto con otros legales y eludir la cuestión, que repugna a su conciencia jurídica.

Así, Planiol (812, tomo primero), tiene que afirmar la naturaleza del derecho que concede el artículo 661: «Dispone, pues, contra su vecino de un verdadero *derecho de expropiación*, puesto que éste no puede negarse»; ésta es la realidad, un derecho de expropiación, y como la concesión de este derecho le repugna, trata, primero, de quitarle importancia, como violación del derecho de propiedad; segundo, de, forzando argumentos, asimilar el interés privado del expropiante a un interés público, diciendo ...

primero : «Bien es cierto que en la mayoría de los casos, el vecino no deseara mas que consentir en tal cesión (?), que se traduce para él en el reembolso parcial de sus gastos», y segundo : «Además, este derecho no es, hablando propiamente, una *expropiación por causa de utilidad privada*, ésta fundada sobre un principio de interés general, puesto que su objeto es evitar una pérdida de terreno, de trabajo y de materiales». No conocemos las poderosas razones que hagan, que para ahorrar materiales y trabajo a un propietario, éste pueda adquirir forzosamente parte del terreno del otro, que para que no se emplee terreno en dos muros, cuando para las necesidades de los predios baste con uno, se conceda derecho a adueñarse forzosamente, no de parte de un muro, como parece natural, ya que con ello se lograría plenamente el ahorro de trabajo y material perseguido, sino de parte del *terreno ajeno* en el que esté construido el muro, y ofrecemos a los tratadistas (El señor De Diego publicó un magnífico estudio en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 120, Septiembre, 1923.) este caso especialísimo de expropiación.

Como es natural, faltos de una base lógica, en igual falta incurrirán los demás tratadistas, por más que traten de eludirla ; así Baudry-Lacantinerie (836, tomo primero) : «Para justificar este atentado al derecho de propiedad, no es bastante, al afirmar que el vecino que pide la medianería tiene un gran interés en adquirirla y que el dueño del muro no tiene mas que un pequeño interés en no cederla, nuestro derecho no admite la *expropiación por causa de utilidad privada*. Es preciso, pues, añadir que el interés privado del vecino se une en este caso al interés general, que exige que no se pierda un terreno de valor en construcciones inútiles.» Repetición semejante. Por mucho valor que tenga el terreno que no quiera utilizar inútilmente un propietario, no menor para el colindante tendrá el suyo, y no hay modo de justificar satisfactoriamente el que por necesitar del muro se expropie el suelo, por más que tal interés privado se disfrace y oculte con el interés público.

Por ello, se impone una interpretación restrictiva de tal artículo ; así, la jurisprudencia francesa lo limita a muros, no a otras especies de cierres, a muros en el mismo límite, de tal modo que por pequeña que sea la separación de la línea divisoria de

los fondos, aun hecha la construcción con ánimo evidente de eludir el precepto legal, el artículo 661 no debe ser aplicado. Inútil nos parece hacer observar que el mismo gasto superfluo de suelo, trabajo y materiales habrá con dos muros contiguos que con dos muros separados unos milímetros, pero es que apenas se encuentra un resquicio se elude el artículo, que por poco meditado, concede más de lo que debe conceder, por lo que, lo necesario es estudiar su extensión y ver si aun limitando ésta, podría mantenerse la figura jurídica y atenderse a la necesidad a que responde.

Se limita también su utilización al propietario, discutiéndose en caso de usufructuario, censualista y superficiario; se niega al arrendatario y se limita también el muro construido en zanja de desagüe o conducción (artículo 668 del Código civil francés; la Ord. 56 de Sancta Cilia, dice: «no estrechando el paso del agua»).

Nuestro Código, a pesar de tomar casi todos sus preceptos del Francés, no repite el citado artículo; sólo establece el derecho de expropiación en el caso de darse por uno de los dueños mayor elevación al muro medianero, artículo 578 (660 del Código civil francés): «Los demás propietarios que hayan contribuido a dar más elevación, profundidad o espesor a la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la *mitad del valor del terreno* sobre que se le hubiere dado mayor espesor.»

Se presenta la cuestión de: si, en el caso, no de mayor elevación, sino de construcción por un propietario en el límite, se dará en nuestro derecho la facultad del artículo 661 del Código civil francés; así lo abona nuestro precedente, capítulo 131 de la Ordenanza de Zaragoza, y creemos, desde luego, que sí; pues el alcance de ambos preceptos (artículo 661 francés y artículo 578 español), en tanto en cuanto limitan el derecho de propiedad del constructor o elevador es el mismo, debía no existir tal derecho de expropiación del suelo, pues ni está justificado, ni es necesario; pero establecido por la ley en un caso, no hay, dentro del terreno legal, razón para negarlo en otro.

En el caso de mayor elevación, el artículo 578, es claro, se pagará la mitad de los gastos de la obra y la mitad del valor del suelo, en el que se aumentó el muro de espesor; y como según

el artículo 577 (659 del Código civil francés), en su párrafo tercero: «Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla a su costa, y si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su *propio suelo*», vemos que en el fondo coincide con el artículo 661 del Código civil francés, y aunque en el caso de mayor elevación hay aún más razones de utilidad, por la superposición y unión de la obra nueva, para conceder la medianería; en el sentido que nos ocupa, lo que hay es adquisición por expropiación forzosa de un terreno (la mitad del mayor espesor) de otro propietario, caso idéntico en principio al que pudiéramos llamar de adquisición originaria.

Igual parece ser la solución de nuestra jurisprudencia, fundándose en Ordenanzas supletorias, según el artículo 571. (Sentencia de 12 de Enero de 1906.)

¿Se admitirá en nuestro derecho la adquisición parcial? Creemos que sí, estando de acuerdo ambos dueños para fijar la parte que ha de ser utilizada. No hay razón para rechazarla, admitida la total, aunque como luego indicaremos, debe distinguirse en la parcial, según ésta sea en longitud o en altura.

También puede quedar constituida la medianería, por readquisición aun perdida por abandono.

Prueba.—Por prescripción lo será la de la extensión utilizada. Pruebas son, en cierto sentido, las presunciones legales. En construcción, por convenio, lo serán las pruebas de éste. En otro caso, no regulado especialmente la inscripción de este derecho, los títulos, lo general es que sólo expresen: «Linda con pared medianera», si ambos títulos coinciden; prueban, si sólo consta en el de uno de los dueños; se ha discutido su fuerza, negada por la mayoría, que protege al otro dueño, como tercero, a quien no debe perjudicar título ajeno. Sin embargo, la jurisprudencia francesa le ha concedido valor, fundándose en que no hay precepto legal alguno que exija que el título sea común. (Baudry-Lacantinerie, p. 835, tomo primero.)

Ejercicio.—Es general reglamentar su uso por reglas semejantes a las de la copropiedad, artículo 579: «Cada *propietario* de una pared medianera podrá usar de ella, en proporción al derecho que tenga en la *mancomunidad*; podrá, por lo tanto, edificar

apoyando su obra en la pared medianera o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros. Para usar el medianero de este derecho, ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y si no lo obtuviere se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de aquéllos» (artículo 662 del Código civil francés).

Artículo 922 del Código civil alemán: «Cuando los vecinos tengan derecho a utilizar en común una de las obras designadas en el artículo anterior, podrá cada cual servirse de ella, con arreglo al destino que resulte de la naturaleza de la obra, mientras no perjudique al derecho del otro...»

Partiendo de igual principio el Código civil francés, concede, sin embargo, en su artículo 657, el derecho a utilizar todo el espesor para introducir «poudres ou solives», si bien en el caso de precisar utilizar la pared la otra parte en el mismo punto, concede a ésta el derecho de reducirlas hasta la mitad, cortando mecánicamente la parte que sobresalga del plano medio ideal.

Los partícipes tienen el derecho de dar mayor elevación, artículo 577 (658-659 del Código civil francés): «Todo propietario puede alzar la pared medianera...» En el Código civil alemán, no por sí sólo, pues precisa el consentimiento de los demás partícipes (artículos 745 y 922).

Se prohíbe la división material (artículo 656 del Código civil francés).

Se prohíbe la apertura de huecos, artículo 580 (artículo 675 del Código civil francés).

La participación en los gastos comunes de sostenimiento, reparación, etc., serán proporcionales al derecho de cada uno, artículo 575 (artículo 655 del Código civil francés, artículo 922 del Código civil alemán y 698 del Código civil suizo). Tan dependiente la proporción en los gastos de la extensión del derecho de cada partícipe, que Huber y Wieland sostienen que en caso de ser mayor la parte de los gastos satisfechos por uno de los partícipes, habrá una presunción a su favor de un mayor derecho en la cosa.

Disposición: De acuerdo por reglas de copropiedad.

Destrucción: Se permite indemnizando, si es necesario, el previo derribo para poder dar mayor elevación.

Extinción.—No le son, dado su destino, aplicables las reglas de división del condominio.

Puede ser por convenio de todos los interesados.

Por destrucción de la cosa.

Por plazo, condición, etc., si se establecieron en el convenio.

Prescripción: Por uso como propia por uno de los interesados durante treinta años; discutida por algunos tratadistas, que creen debe presumirse simple tolerancia de los demás.

Abandono.—En la constitución la forma más interesante es la legal por expropiación; en la extinción lo es también la forma legal o abandono.

De igual modo que las dificultades teóricas en la constitución legal provienen de la unión de suelo y vuelo, en el abandono veremos surgir las mismas, pues lo que allí se produce por adquirir por expropiación terreno ajeno, aquí de igual modo por abandono se adquiere por ministerio de la ley, que no separa el suelo de la construcción, un terreno ajeno y aun con más gravedad, pues se adquiere aun estando construída la pared en el límite, o sea, descansando por mitad en ambas heredades.

Precedente en Roma, el «*rem dereliquendo*» (L. 6, § 2, Dig. VIII, 5; L. 2, § 4, Dig. XLIII, 81, etc.); en Francia, el antiguo «*deguerpissement*», hoy «*délaissement*»; en España, Capítulo 129, Ordenanza de Zaragoza, o sea el «acto por el cual el propietario gravado con carga real, hacía en justicia abandono de su derecho de propiedad, para librarse de tal carga», aplicable a la medianería, para librarse de las cargas del sostenimiento, por ser la obligación de contribuir a las mismas semirreal, de las llamadas «*propter rem*» (Planiol, p. 770 y 811, tomo primero; Baudry-L., p. 842, tomo primero).

Nuestro Código le recoge en el artículo 575 (656-667 del Código civil francés), párrafo segundo: «Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir a esta carga (Gastos comunes), renunciando a la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.» Además de esta excepción, que se justifica, pues de admitir el abandono seguiría disfrutand-

do de los beneficios sin contribuir a los gastos, se exceptúa también el caso de tratarse de reparaciones ocasionadas por su culpa.

NATURALEZA

Creemos que en la naturaleza de la medianería debe distinguirse: 1.º Naturaleza del derecho a adquirirla, y 2.º Naturaleza del derecho adquirido.

El derecho de adquisición, estimo es una limitación legal al derecho de propiedad, pues fundándose en consideraciones utilitarias, la ley obliga al propietario de una cosa suya, construída por él, a ceder la mitad o una parte de su derecho sobre la misma al dueño del fundo vecino, al que la ley concede un verdadero derecho de expropiación.

Si estas limitaciones legales de la propiedad se llaman por algunos servidumbres legales, el derecho de adquirir la medianería será una servidumbre legal; si la existencia de una limitación general a todos los propietarios no merece el nombre de servidumbre legal, se deben diferenciar las verdaderas servidumbres como extensiones y restricciones de facultades dominicales, de éstas que llamamos *fronteras jurídicas* del dominio, y el derecho a adquirir una participación en la medianería será una limitación legal, consecuencia de la relación de vecindad de los dominios y de la mayor utilidad para los propietarios.

No creo sea ésta la cuestión importante, la de positiva trascendencia, cuya solución puede variar no sólo el concepto, sino la ordenación legal; es la de la naturaleza del derecho de los partícipes en la medianería, que presenta dos aspectos íntimamente unidos y dependientes entre sí: 1.º Naturaleza del derecho; 2.º Extensión u objeto del mismo.

Nuestro Código, como hemos visto, siguiendo los precedentes nacionales, la sitúa, desde luego, entre las servidumbres, y entre éstas, en las legales. Sin embargo, del contenido de sus preceptos, reglas de disfrute, participación en gastos, etc., se deduce que lo regulado es una copropiedad; los artículos 577 y 579 hablan de propietarios; el 579 del derecho de éstos en la *mancomunidad*, y además, las indemnizaciones del artículo 578 (mi-

tad del valor del terreno) no son las correspondientes a la adquisición de una servidumbre.

Manresa parece defender la división del Código, considerándola la servidumbre. La jurisprudencia la llama servidumbre legal. Valverde y Sánchez Román, la consideran como una comunidad especial, distinta de la general, por poder darse en la medianería el que cada condueño lo sea de una parte conocida y susceptible de material designación.

Para De Buen, más que servidumbres son dos mutuas limitaciones, producto de la relación de vecindad. Para De Diego, ni puede considerarse propio condominio, por poder determinarse partes, ni propia servidumbre de un predio sobre el otro, siendo más bien una especial reglamentación de relaciones de vecindad, con restricciones mutuas al dominio de los predios limítrofes, y Castán considera como más aceptable la opinión de De Diego.

Planiol la estudia en la copropiedad e indica que debían considerarse más bien como dos propiedades adheridas (inconciliable con el artículo 657 del Código civil francés): «En rigor la pared medianera debía ser considerada como dividida en dos en toda su altura por un plano vertical trazado sobre la línea de separación de ambas fincas, y cada propietario debería poseer en pleno dominio la mitad situada frente a su finca y en su terreno. Pero, como observa Pothier, se ha evitado tal sutileza. Siendo, pues, inseparables las dos partes de la pared medianera, se considera ésta como en indivisión real y en todo su espesor *común* a ambas partes.

Para Baudry-Lacantinerie es una *comunidad* con indivisión forzosa; para Wieland «la *copropiedad* parece justificada, salvo convenio o uso local en contrario».

La regulación del Código francés es casi idéntica en sus bases al nuestro. El Código alemán establece en su artículo 922: «... En lo demás los derechos y deberes recíprocos de los vecinos, se regularán por las disposiciones relativas a la indivisión» (artículos 741 al 758). El texto alemán del Código civil suizo encabeza «Derecho de *copropiedad* sobre los signos de la demarcación», y el artículo 670 repite: «Los cierres que sirven de demarcación entre dos inmuebles, tales como los muros, setos y valla-

dos que se encuentren en el límite, se presumirán que pertenecen en *copropiedad* a ambos vecinos.»

Es, pues, casi general la respuesta al primer punto, naturaleza del derecho de los limítrofes, una copropiedad; pero una copropiedad especial:

- 1.º Por no ser divisible.
- 2.º Por poderse designar materialmente las partes de cada uno.
- 3.º Por tener más facultades que las de un comunero ordinario (elevación).
- 4.º Por precisar para que se produzca cierta situación de los fundos, y
- 5.º Por su origen por expropiación en ciertos casos.

Hasta ahora marchamos de acuerdo en lo esencial con leyes y doctrinas, pero llegamos al centro de la cuestión y tiene que surgir la discrepancia en el segundo punto que señalamos, o sea: extensión del derecho de los copropietarios; objeto de la copropiedad.

Casi todos, leyes y publicistas, opinan que aunque con peculiares caracteres este derecho es un condominio, ya hemos señalado, como así debía parecer, dada su precedente regulación consuetudinaria, primera y principalmente de límites rústicos; de aquí el considerar como un todo único el objeto de este derecho, suelo y vuelo, tierra y construcción.

Nosotros creemos, por el contrario, que ambos elementos deben separarse; que el derecho de los copropietarios debe ser una copropiedad en un derecho de superficie, que el hacer entrar en juego la propiedad del suelo, ni es preciso ni se mantiene mas que por razones históricas y sólo produce cuestiones y litigios sin resolver problemas interesantísimos.

Ya indicamos, en el caso de adquisición por expropiación, cómo se debaten los tratadistas a quienes repugna tal extensión. Con nuestra tesis la ley sólo limita la propiedad, en lo que verdaderamente es útil y necesario al expropiante, respetando la propiedad del suelo, que permanecerá en su propietario y concediendo sólo una copropiedad sobre el vuelo, adquirida previo pago de una doble indemnización: A), dé la parte del costo de construcción que corresponda a la parte a utilizar por el nuevo par-

tícipe, y B), de un canon correspondiente al derecho de utilización superficiaria, de la parte de suelo ajeno, correspondiente a la parte de suelo expropiada.

Igualmente choca la doctrina corriente con la conciencia jurídica en el caso de abandono. Se ha construido en el límite ocupando suelo por mitad de ambas propiedades: A uno de los condueños, le son gravosos los gastos de la medianería, y para no tener que contribuir a los mismos, hace abandono de su derecho. ¿Por qué se ha de entender que al pur hacer abandono de parte de su fundo? ¿Por qué han de adquirir los demás partícipes la parte del suelo del que abandona? ¿No es posible dar adecuada reglamentación a este derecho sin hacer intervenir para alterarla a cada momento la propiedad del suelo, como si éste fuera un accésorio de lo construido sobre el mismo?

Cuestiones resueltas todas, a nuestro juicio, con la solución que proponemos. El que hace abandono, lo hace de su derecho en la comunidad: éste es un derecho de superficie, los demás condueños a quienes acrece el derecho abandonado, adquieren un derecho de superficie sobre parte del fundo ajeno; pero no dominio del suelo, que sigue en poder de su dueño, y que en modo alguno éste intentaba renunciar; los límites de las fincas no sufren variación.

Se darán, pues, con nuestro concepto de esta figura los siguientes derechos en los partícipes:

Primero.—Pared construida sobre el límite, terreno por mitad de cada finca.

A) Antes de adquirirse la medianería:

Constructor.

Suelo. Plena propiedad del muro construido.

Suelo. Plena propiedad de la mitad de su finca.

Derecho de superficie sobre la mitad del otro propietario.

No constructor.

Suelo. Propiedad en su mitad, gravada con superficie.

B) Después de adquirir el no constructor la medianería:

Suelo. Copropiedad de ambos dueños.

Suelo. Propiedad de cada uno en su parte, gravada con un derecho de superficie común.

Segundo.—Pared construída junto al límite, en suelo de un solo propietario.

A) Antes de adquirirse la medianería por el otro :

Constructor.

Plena propiedad de suelo y vuelo.

B) Después de adquirida la medianería :

Constructor.

Vuelo. Copropiedad con el otro dueño.

Suelo. Propiedad gravada con superficie y coparticipación en este derecho.

No constructor.

Vuelo. Copropiedad adquirida por expropiación.

Suelo. Coparticipación de un derecho de superficie sobre suelo ajeno.

Vemos que aparece el dueño del suelo con una participación en un derecho de superficie sobre el mismo, pero como sólo se llega a tal resultado al momento de surgir la copropiedad de este derecho de superficie, creemos posible la figura, sin que a ello se oponga la dificultad de que exista derecho real de un propietario sobre su propio fundo, supuesto tan combatido por algunos escritores.

PROBLEMAS

Señalaremos algunas cuestiones para controlar una y otra opinión.

La actual ordenación legal, si bien se examina, sólo considera el caso siguiente : muro de igual espesor, entre fincas rústicas o urbanas de poca altura, con dos plenos dominios colindantes y fundos en igual plano superficial.

Creo bastará con que consideremos lo que es la construcción en una gran urbe moderna para apreciar las infinitas cuestiones que quedan faltas de reglamentación y la mala solución que forzosamente ha de resultar de aplicar los preceptos legales a supuestos no previstos por el legislador.

Así, dice Planiol (pág. 808, tomo primero): «La medianería da lugar en la práctica a procesos innumerables...»

Señalaremos en rápida enumeración algunas cuestiones.

A) Construcciones limítrofes hechas en un fundo por su propietario; en el otro fundo, por un superficiario.

El abandono por el superficiario de la medianería, ¿cómo va a implicar pérdida del suelo para el dueño?

La indemnización por adquirir la medianería, construída por el superficiario, ¿cómo va a ser la suma de los gastos de construcción que correspondan y la mitad del valor del suelo?

Será la suma de los gastos de construcción correspondientes y la mitad o del canon de superficie o de la parte del precio que corresponda a la medianería expropiada, en proporción al que el superficiario hubiera pagado, si el pago fué en una sola entrega.

Si, por el contrario, el que construyó fué el dueño limítrofe y el superficiario adquiere después la medianería, ¿qué significa la finca que éste adquiere en plena propiedad por expropiación, situada entre las dos ajenas y con una extensión superficial de la mitad de la superficie del muro?

B) Casas colindantes, una de un solo dueño; otra, dividida en pisos, con diferente dueño cada uno.

C) Medianería adquirida por el dueño de una casa, y sobre ésta construye otro nuevo piso.

D) Edificio dividido en pisos con diferentes dueños, y uno de los pisos, a su vez, con diferentes dueños en sus partidos o con paredes limítrofes dentro del plano del mismo.

E) Casas que naturalmente se encuentran a distinto nivel superficial o que por más profunda cimentación en una, por una mayor elevación, empieza el muro en la una mucho más bajo que donde profundizan los cimientos de la otra.

F) Caso en que sólo interese la adquisición de parte de la medianería, no en división longitudinal, sino en elevación por medianerías superpuestas.

G) Medianería subterránea en cuevas, sótanos, etc., etc.: a), con medianería simple límite; b), con medianería utilizada en la construcción.

H) Caso de destrucción del muro, naturalmente, o por convenio, en medianería adquirida sobre suelo ajeno, ¿cuál debe ser el límite de las propiedades, desaparecido el muro?

I) Caso de, a pesar de tener adquirida la medianería en suelo ajeno, construir pared, junta en el propio ¿linderos?

J) Elevación. ¿Produce cada adquisición de la medianería sobre la mayor elevación, dada por un propietario, una variación en los linderos de las fincas?

K) Elevación, no sobre toda la pared, sino sobre suelo propio y sobre la mitad de la pared. ¿Procederá adquisición legal en tal caso? ¿Excederá, de contestarse negativamente, de la utilización normal del muro?

L) Medianería con terrenos del Real Patrimonio, con propiedad pública, con cementerios, etc., etc.

LL) Medianería en minas.

M) Inscripción en el Registro de la Propiedad.

Creo que éstas y mil más cuestiones posibles reclaman imperiosamente una nueva y mejor regulación legal. Sólo nos limitamos a esta llamada de atención, y si en algo contribuye a que encuentren mejor solución, aun siendo ésta opuesta a la que sostenemos, se habrán colmado nuestros deseos.

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.