

# ADQUISICIÓN DE LA MEDIANERA

EDUARDO MOLINA QUIROGA

*La Ley, 1998-F, 226*

**SUMARIO: I. Condominio e indivisión forzosa.— II. Indivisión forzosa establecida por la ley.— III. Muro divisorio.— IV. Muro medianero.— V. Muro de cerramiento forzoso.— VI. Requisitos constructivos.**

## **I. Condominio e indivisión forzosa**

El Código Civil, en el Libro III, Título 8, regula el derecho real de condominio (1), que se constituye por contrato, por actos de última voluntad o en los casos que la ley designa (art. 2675, Cód. Civil). La regla general del condominio es su extinción, ya que cada propietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa (art. 2692, Cód. Civil), y más aún, ninguno de los condóminos puede renunciar de una manera indefinida el derecho a pedir la división de la cosa común (art. 2693, Cód. Civil).

La indivisión forzosa se presenta cuando el condominio es sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de diversos propietarios, y ninguno de los condóminos puede, en tal caso, pedir la división (art. 2710, Cód. Civil). También cuando la ley prohíbe la división de la cosa común, o una estipulación válida y temporal de los condóminos, o un acto de última voluntad, también con efecto temporal, o la división fuere nociva (art. 2715, Cód. Civil, y ley 14.394 —Adla, XIV-A, 237—) (2).

(1) Art. 2673, Cód. Civil: El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble.

(2) Art. 2715, Cód. Civil: Habrá también indivisión forzosa, cuando la ley prohíba la división de una cosa común, o cuando lo prohibiere una estipulación válida y temporal de los condóminos, o el acto de última voluntad también temporal que no exceda, en uno y en otro caso, el término de cinco años, o cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesaria para que no haya perjuicio a los condóminos.

Como una especie muy particular del condominio de indivisión forzosa nos encontramos con el muro medianero, regulado por los arts. 2717 a 2745 del Cód. Civil, que integran el Capítulo 3 del referido Título 8.

Vemos entonces que frente al condominio normal, caracterizado por el derecho de requerir la división en todo tiempo, acordado a los condóminos en el art. 2692 del Cód. Civil, se presenta el condominio de indivisión forzosa, que se caracteriza precisamente porque la facultad del art. 2692 no existe o se encuentra suspendida o "demorada".

La indivisión forzosa procede cuando hay una disposición de la ley que así lo establezca; una estipulación temporal y válida de los condóminos; una disposición de última voluntad, también válida y temporal; o una circunstancia fáctica que vuelva "nociva" o perjudicial la división y que debe ser apreciada prudencialmente en el ámbito judicial a los fines de demorarla o postergarla.

Los supuestos de indivisión forzosa de origen voluntario, ya se trate de actos entre vivos o "mortis causae", están mencionados en los arts. 2693 y 2694 del Cód. Civil, por los que se permite suspender la división por convenio entre los condóminos o por disposición del donante o testador, siempre que el término de la suspensión no exceda en ambos casos de cinco años, con la salvedad de que la primera de las normas permite, con relación al convenio entre comuneros, su renovación sin límite.

Estas normas del Código Civil sufren la influencia de la ley 14.394 (capítulo VI, arts. 51 a 56) que instituye la llamada indivisión de bienes hereditarios, y establece diversos casos de indivisión, siempre relacionados a bienes o cosas recibidos por sucesión: a) indivisión impuesta por el testador a sus herederos, aun forzosos, por un plazo no mayor de diez años. Si se tratare de un bien determinado (establecimiento comercial, industrial, agrícola, etc.) tal indivisión podría extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad (art. 51); b) Indivisión pactada entre los coherederos por un plazo también de diez años, con posibilidad de renovación al término del mismo (art. 52) Indivisión que puede ser opuesta por el cónyuge supérstite, ante el pedido de división de herencia deducido por un heredero, por un plazo máximo de diez años y siempre que se trate de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, etc., que constituya una unidad económica o de la casa habitación que haya sido residencia habitual de los esposos, debiendo ser, en todos los casos, de naturaleza ganancial (art. 53). Sin embargo, en todos los casos mencionados cualquiera de los condóminos, o mejor dicho coherederos, puede pedir la división antes del vencimiento de los plazos establecidos, la que será otorgada por el juez luego de merituar si las circunstancias

aducidas coinciden con las pautas que en cada caso concreto se estatuyen en la norma (3).

## II. Indivisión forzosa establecida por la ley

Los arts. 2710 a 2714 del Cód. Civil regulan el supuesto de las cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios. Si bien en su forma pura no ha tenido frecuente aplicación, su concepto entronca en la íntima esencia de un derecho real de moderna incorporación en nuestro ordenamiento, como la propiedad horizontal, sobre todo en referencia a la inseparabilidad del dominio exclusivo sobre la unidad privativa y la cuota condominal sobre las partes comunes (4).

Se trata de dos heredades que pertenecen en propiedad exclusiva a diversos propietarios. Aún podrían una o ambas fincas pertenecer a varios copropietarios en condominio. Al mismo tiempo, a tales propietarios pertenece en condominio un accesorio que resulta indispensable para el uso a que se encuentran afectados los respectivos inmuebles. Este condominio no nace de la ley sino que, por hipótesis, tiene que estar constituido por título. Vale decir que la ley no hace nacer el condominio, sino que indica que en tal supuesto, es indivisible, por que si la cosa afectada como accesorio es indispensable al uso de ambas heredades, permitir la división del condominio que sobre ella existe sería desnudar de utilidad económica a una o ambas fincas (5).

El art. 2711 aclara que "los derechos que en tales casos corresponden a los condóminos, no son a título de servidumbre, sino a título de condominio", con lo cual se zanja una disputa existente en la doctrina francesa(6).

En el capítulo 4 del título 8 (arts. 2746 a 2755), el Código trata del condominio por confusión de límites: "El que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los límites de un terreno colindante, reputase condómino con el poseedor de este terreno, y tiene derecho para pedir que los límites confusos se investiguen y se demarquen" (art. 2746, Cód. Civil). En realidad, se trata de la acción de deslinde, destinada precisamente a la conclusión de tal comunidad. La ley organiza un condominio legal y forzoso, hasta tanto los límites se investiguen y se demar-

(3) BAGLIETTO, Jorge E.-GRINBERG, Eduardo B.-PAPAÑO, Ricardo J. "Medianería", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

(4) Cfr. BAGLIETTO, GRINBERG y PAPAÑO, ob. citado.

(5) Cfr. BAGLIETTO, GRINBERG Y PAPAÑO, ob.citado.

(6) BAGLIETTO, ob. citado.

quen, solución que viene del derecho romano y que ha sido criticada en doctrina y abandonada en legislación(7).

### III. Muro divisorio

La medianería es, en líneas generales, el régimen jurídico aplicable a las obras separativas de dos fundos que pertenecen por definición a distintos propietarios(8).

Para entender los problemas que se suscitan en este ámbito es bueno repasar algunos conceptos.

Muro lindero es el que separa dos heredades, o que está construido en el límite de dos heredades.

Si adoptamos un criterio amplio, en base al emplazamiento, podemos distinguir muros linderos y muros no linderos, que serían aquellos que sin estar edificados en el linde se hallan sumamente próximos al mismo (9). A su vez, desde el punto de vista físico, los muros linderos pueden clasificarse en contiguos y encaballados.

Muro contiguo es aquel que está edificado totalmente sobre terreno de uno de los propietarios linderos, es decir, que se encuentra emplazado en forma exclusiva sobre la heredad del que lo levantó a su costa. El Código Civil lo contempla en el art. 2728 (10).

El muro encaballado está construido de tal manera que su eje, en el sentido de plano vertical que pasa por el centro del mismo, coincide exactamente con el límite demarcatorio de ambos fundos (11), y es el caso al que se refiere el art. 2717 del Cód.Civil al definir el muro medianero (12).

(7) Conf. LAFAILLE, "Derecho Civil", t. IV, "Tratado de los Derechos Reales", N° 1237, p. 335, BAGLIETTO, ob. citado.

(8) SPOTA, Alberto G., "Tratado de medianería", 2ª ed. revisada y ampliada, p. 13, Buenos Aires, 1938.

(9) Ver sobre el tema: MARIANI de VIDAL, Marina, "Medianería, la reforma del artículo 4022 del Código Civil", J.A., del 22 de julio de 1971.

(10) Art. 2728, Cód. Civil: El que hubiere construido en un lugar donde el cerramiento es forzoso, en su terreno y a su costa, un muro o pared de cerramiento, no puede reclamar de su vecino el reembolso de la mitad de su valor y del terreno en que se hubiere asentado, sino en el caso que el vecino quiera servirse de la pared divisoria.

(11) SPOTA, Alberto G., op. cit. p. 35.

(12) Conf. ALTERINI, Jorge Horacio, "Las luces como restricciones y límites al dominio y como servidumbres", LA LEY, 131-418.

Desde el punto de vista jurídico, los muros pueden clasificarse en privativos y medianeros, según a quien corresponda la titularidad del dominio sobre el muro.

Es privativo cuando pertenece en propiedad exclusiva a uno de los propietarios linderos, cualquiera sea su emplazamiento, es decir tanto si se encuentra edificado en forma contigua como encaballada (13).

#### IV. Muro medianero

El muro medianero es un condominio, ya sea originariamente, o por adquisición posterior.

El muro medianero originario es aquel que ha sido levantado a costo común en el límite separativo de dos heredades (concepto del art. 2717), aunque no es el supuesto común de muro medianero.

Lo más usual es la adquisición posterior, por parte del otro vecino lindero, que no contribuyó a la construcción del muro, y que, de acuerdo a lo establecido por el art. 2736, Cód. Civil, puede adquirir en todo tiempo la medianería.

La adquisición de la medianera es una venta forzosa y como tal requiere la determinación del precio, y en la medida que las partes no se pongan de acuerdo, es el juez el que lo fija (14).

Para adquirir de esta forma la medianera, debe reembolsar la mitad del valor de la pared, como esté construida, como también la mitad del valor del suelo sobre el que se ha asentado.

Es decir que el lindero que no contribuyó, debe abonar a quien lo construyó la mitad del valor de la pared, desde sus cimientos hasta donde se asienten sus construcciones, y, la mitad del valor del terreno en que se apoya (art. 2736 y concordantes) (15).

La adquisición de la medianera comprende todo el espesor de la pared (16).

(13) BAGLIETTO, GRINBERG y PAPAÑO, ob. citado.

(14) CNCiv., sala D, 26/5/80, "Guildín de Germán, Juana c. Rofema, S. A.", ED, 89-297

(15) Conf. ALTERINI, AMEAL, LOPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones", p. 475, Ed. Abeledo Perrot, 1996.

(16) CNCiv., sala F, 16/11/78, "Szavo Hnos. Kessier y Cía. S. R. L. c. Cherma, S. A.", LA LEY, 1979-B, 229: El art. 2736 del Cód. Civil, dispone que todo propietario lindero a una pared o muro no medianero tiene la facultad de adquirir la medianería reembolsando la mitad del valor de la pared como esté construida pero no podrá limitar su adquisición a sólo una porción del espesor de la pared, de manera que si se la utiliza superficialmente hay que pagar la mitad de todo el espesor.

Reiterando conceptos, digamos que para poder ejercer el derecho de adquirir la medianera, la ley exige como condición que la pared o muro debe encontrarse construido sobre la línea separativa de las dos heredades sin que exista espacio libre alguno.

Por su lado, el valor del terreno sobre el que está asentado el muro corresponde pagarlo siempre que el que edificó el muro no haya hecho en su oportunidad, uso del derecho que le acuerda el art. 2725 (17).

## V. Muro de cerramiento forzoso

El art. 2725 del Cód. Civil dice "El que en los pueblos o en sus arrabales edifica primero en un lugar aún no cerrado entre paredes, puede asentar la mitad de la pared que construya sobre el terreno del vecino, con tal que la pared sea de ladrillo o piedra hasta la altura de tres metros, y su espesor entero no exceda de dieciocho pulgadas". Esto quiere decir que el primer edificante tiene derecho a encaballar el muro que construye sobre la línea divisoria tomando por partes iguales hasta un ancho de 45 cm. Cuando existiera en el lugar una pared anterior y uno de los vecinos la reconstruye la nueva pared debe asentarse siguiendo la línea de la anterior (18).

El cerramiento forzoso está previsto como obligación en el art. 2726 del Cód. Civil, que establece: "Todo propietario de una heredad puede obligar a su vecino a la construcción y conservación de paredes de tres metros de altura y dieciocho pulgadas de espesor para cerramiento y división de sus heredades contiguas, que están situadas en el recinto de un pueblo o de sus arrabales".

Los motivos de la sanción de esta norma se hallan en la necesidad de separar las heredades por medio de un solo muro, debido a razones de higiene, seguridad, embellecimiento edilicio, economía de terreno y sobre todo a los efectos de asegurar la privacidad de los actos de los hombres, garantizada por el art. 19 de la Constitución Nacional (19).

La obligación estatuida por el art. 2726, ha sido caracterizada como una verdadera restricción legal al dominio, establecida en el interés recíproco de los propietarios colindantes, preceptuada por la ley en virtud de las razones indicadas (20).

(17) BAGLIETTO, ob. citado.

(18) Conf. GARRIDO-ANDORNO, "Código Civil Anotado", Libro III, Derechos Reales, t. II, p. 576.

(19) BAGLIETTO, ob. citado.

(20) Conf. SALVAT, p. 104; SPOTA, p. 78.

El cerramiento de las heredades ubicadas en los pueblos y sus arrabales, se denomina forzoso porque cualquiera de los propietarios linderos puede obligar en cualquier momento a su convecino a contribuir a la construcción y reparación de la pared, pudiendo este último librarse de tal obligación sólo si hace uso de la facultad de abandono (art. 2727, Cód. Civil) con respecto al terreno donde se apoya el muro y renunciando a la medianería (21).

La adquisición de la medianería sobre el muro de cerramiento forzoso se extiende a los cimientos, únicamente según la extensión y características constructivas necesarias a los efectos de ese cerramiento. De allí que los valores de los cimientos que hubieran excedido las necesidades del cerramiento dan lugar al crédito respectivo, el que no es abarcado por la adquisición de la medianería hasta los tres metros (22).

La regla general en materia de adquisición de medianería es que se pague la mitad del valor de la pared (art. 2736, Cód. Civi); pero en caso de medianería de un muro alzado, la ley establece que debe pagarse la mitad de los gastos (art. 2735 del mismo cuerpo legal)(23).

## VI. Requisitos constructivos

Las Municipalidades, y en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, su Gobierno Autónomo, tienen competencia para dictar normas que establecen requisitos constructivos que abarcan los muros linderos.

Así, en cuanto a la altura de los muros, espesor y materiales a emplearse en su construcción, debe estarse a lo dispuesto en el art. 2729 que dice: "Las paredes divisorias deben levantarse a la altura designada en cada municipalidad...". En el supuesto caso de que falte tal reglamentación municipal opera con carácter de supletoria la norma del art. 2725 in fine que nos dice que dichos muros deben ser "de piedra o de ladrillo hasta la altura de tres metros, y su espesor entero no exceda de dieciocho pulgadas". Es decir que el Código Civil actúa como norma supletoria, a falta de disposición municipal, o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en su caso, correspondiente, no sólo en lo referente a la altura del

(21) No es el poder público el que compele al cerramiento. Si ninguno de los vecinos opta por encerrar su heredad, el Estado no tomará ninguna intervención al respecto, pudiendo durar esta situación en forma indefinida. Conf. PRIMO PERSEGANI, p. 220; SPOTA, p. 78, LA LEY, 68-598. En el mismo sentido se ha expresado Edmundo Gatti en clases dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, citados por Baglietto, Grinberg y Papaño, ob. cit..

(22) CNCiv., sala C, 2/8/79, Santamarina de White, Ana y otro c. Consorcio Olleros 1973, LA LEY, 1979-D, 261

(23) CNCiv., sala E, 21/10/94 Consorcio de Propietarios Juncal 1663/1665 c. Fariña, Luis y Asociados S. A., JA, 1995-III-359.

muro, sino también en cuanto a los demás requisitos constructivos, o sea que lo dispuesto en el art. 2729 en relación a la altura, debe ser extendido al espesor de la pared, materiales a emplearse.

Cuando dos heredades se encuentran a un nivel distinto, por causas naturales, o por la obra del hombre, la altura de la pared debe contarse desde el nivel del fundo más alto (24).

Pero la contribución de los vecinos a la construcción será distinta, si el desnivel proviene de causas naturales, o del hecho del hombre. En el primer caso los gastos de la sobreelevación de la pared deben ser soportados por partes iguales; no así en el segundo, pues lo lógico y ajustado a un estricto principio de justicia, es que, el que con su proceder ocasionó el desnivel, corra con los gastos de la elevación del muro por encima de la altura que tendría que tener la pared contada desde el fundo más bajo (25).

Si uno de los vecinos ha construido la pared de cerramiento con una altura mayor que la legal, si bien no puede reclamar al colindante el costo del excedente (a menos que éste se sirva de la pared), este último tampoco puede obligar al primero a reducir la altura, conforme lo dispone expresamente el art. 2737, *in fine*.

El espesor de dieciocho pulgadas determinado por los arts. 2725 y 2726 del Cód. Civil (equivalente a 0,435 m), funciona como límite máximo, es decir que si uno de los vecinos quiere construir una pared de mayor espesor, deberá tomar el excedente de su propio terreno. Aunque la técnica edilicia nos dice que en condiciones normales no es necesario paredes de espesor superior, por el contrario, los Códigos de la edificación han disminuido a 30 y aún 15 cm el espesor mencionado.

En el caso que comentamos, se discutió también si puede considerarse medianera una pared divisoria cuando no cumple acabadamente con las pautas constructivas establecidas por la reglamentación municipal (26), lo que implicaría la inhabilidad para reclamar el cobro autorizado por el art. 2736 del Cód. Civil.

En tal sentido se consideró que aunque el muro medianero divisorio no cumpla rigurosamente los requisitos exigidos por la Municipalidad, ello debe ser ponderado en forma armónica con los hechos anteriores y subsiguientes a la construcción para no desnaturalizar el resultado de la cuestión.

(24) Conf. Argañarás en SALVAT, t. II, p. 107, nota 37 a; SPOTA, pág. 96/97; CCivil. 2º, 30-6-1933, J. A., 32-889. En igual sentido CCiv., 2º, 29-4-43, La Ley, 30-720, cit. por BAGLIETTO, GRINBERG Y PAPAÑO.

(25) Conf. DURRIEU, p. 111 y sigtes.; SEGOVIA, t. II, p. 176, Nº 104; SPOTA, p. 97/98 y jurisprudencia citada en la nota anterior.

(26) Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires, sección 5ª, art. 5.6.3.1

Así se resuelve que cuando resulta acreditado que los datos de los planos registrados y presentados ante el ente de control han sido suscritos también por los demandados y que el muro del actor correctamente encaballado fue utilizado por sus vecinos para levantar la obra, corresponde admitir la demanda en el marco legal enunciado.

Se agrega que la jurisprudencia plenaria invocada por los demandados (27) es aplicable cuando el propietario que quiere edificar destruye el muro divisorio y en su reemplazo construye uno más sólido. Es en este caso que queda exento de pago al vecino, la mitad de la pared destruida que había sido hecho a costa de éste.

Anteriormente se había resuelto que un tabique divisorio de siete a diez centímetros de espesor, 1,60 m de altura y pilares de 30 x 30 cm, colocados cada 2,50 m se ajusta a las exigencias reglamentarias municipales; por lo que procede la compensación en favor del vecino que lo había levantado cuando, por iniciativa del otro propietario se lo tira abajo para edificar un muro de 30 cm de espesor (28).

En cambio si el muro existente era precario, su destrucción no configura contribución de medianería por compensación pues tratándose de una cerca antirreglamentaria el propietario lindero tiene derecho a proceder a su reconstrucción y exigir el reembolso de la mitad del precio de la medianera levantada sin que el vecino pueda oponer compensación fundado en la existencia de ese muro precario". Si la pared divisoria cuya parte proporcional de precio se reclama, no ha sido construida de acuerdo a disposiciones municipales vigentes, la pretensión debe rechazarse porque la obligación cuyo cumplimiento se reclama carece de causa"(29).

Confirmando el criterio señalado se ha resuelto que si la pared cuestionada es de 30 cm de espesor, tanto en la parte sobreelevada como en su fundación, estando dentro de las características dispuestas por la Municipalidad, es indiscutible que estructuralmente entra dentro de las categorías de muro divisorio (30).

---

(27) CNCiv., en pleno, 10/5/1935: "Rafio, Bartolomé c. Moles, Aniceto y otros", LA LEY, 7-58.

(28) CNCiv., sala F, 24/12/68, "Pico Marcelino J. c. Montanari José", LA LEY, 136-1034 (21.890-S).

(29) LA LEY, 109-115.

(30) CNCiv., sala B, 30-9-68, LA LEY, 136-1061-(22.085-S). En contra, fallo de primera instancia en lo Civil de la Capital de diciembre de 1938, "La conclusión que permite sacar la combinación de los artículos 2726 y 2729 del Código Civil es que lo que se deja señalar, por las autoridades municipales, es la altura de la pared medianera, pero no su espesor que siempre ha de ser de 18 pulgadas", LA LEY, 13-877.