

LA CONTRIBUCIÓN AL CERRAMIENTO FORZOSO Y LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE MEDIANERÍA

ALBERTO G. SPOTA

Ley, t. 68-598

1.— Los muros que sirven para delimitar heredades de distintos dueños y, por ende, para los fines del cerramiento forzoso en los centros de población, suelen erigirse por uno de los vecinos, a su costa exclusiva. Muy raro es el supuesto de que ambos colindantes levanten el muro a costas comunes. En lugares aun no edificados uno de los propietarios hace uso de la facultad que le acuerda el art. 2725 del cód. civil. Es decir, asienta la pared encanallándole sobre el límite separativo de los predios, pudiendo “tomar” hasta 22,50 centímetros (o bien, hasta 9 pulgadas, para decirlo en el lenguaje de la normal del terreno del vecino.

En ese caso, dicho muro es de propiedad exclusiva del vecino que lo construyó. Por ello so lo denomina “muro privativo”. En seguida surge la pregunta: ¿cómo puede pertenecer en dominio exclusivamente a uno de los vecinos si tal pared hállase asentada, por mitades, sobre ambas heredades? La explicación es bien clara: el art. 2725 del cód. civil establece una restricción al dominio, aun cuando no se la haya incluido dentro del título respectivo (arts. 2611 y sigts., cód. civil). Esta desubicación es más aparente que real: la norma está tan vinculada a la materia de la medianería, que bien se explica que la integra. Es verdad que el legislador no siempre fué consecuente con ello, coma lo prueban aquellos preceptos que se refieren a restricciones relativas a la demolición y reconstrucción de muros divisorios (art. 2626, cód. civil) y a luceras en estos muros (arts. 2655 a 2657, cód. civil), o a ventanas o troneras en muros medianeros (art. 2654, cód. civil). Pero lo que aquí interesa es la esencia jurídica de la facultad acordada por el art. 2725 del cód. civil, y no su adecuada inclusión dentro de uno u otro título del cód. civil.

Desde ese punto de vista, no se justifica una vacilación en esta materia: el muro privativo y, por ende, encaballado sobre la línea separativa (de tal modo que el plano vertical que pasa por esta línea contenga también el eje de la pared), pertenece exclusivamente al que lo constru-

yó, no obstante que descansa, en la mitad del espesor de su cimiento, sobre terreno ajeno.

2.— Lo anterior ya nos indica que, quien levanta la cerca a la cual se refiere el art. 2726 del cód. civil, pero habiendo recurrido a la facultad conferida por el art. 2725 del cód. civil, no por ello erige una cosa que, por ese modo de asentar la pared, resulte sin más una cosa común. La doctrina que así lo ha pretendido y que halló eco en la proyectada reforma de 1936 al cód. civil, al establecerse que “un muro pertenecerá en condominio a los propietarios de heredades contiguas, cuando se hubiere levantado en el límite separativo, asentándolo sobre terreno de ambas” (art. 1597, 1ª parte, Pr. cit.), formula un inútil distingo entre pared en condominio y pared medianera.

Ese muro “en condominio” se transformaría en muro “medianero”, según el art. 1597, 2ª parte, Pr. cit., cuando hecho a costa de uno de los propietarios, “el otro abonare la mitad de su valor”. Tal distingo entre muro “en condominio” y muro “medianero” carece de razón de ser y olvida que la “medianería” es la designación especial del condominio cuyo objeto lo constituyen cosas que se hallan en el límite separativo de las heredades.

Cuando el art. 2717 del cód. civil establece que “un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas que lo han hecho construir a su costa en el límite separativo de las dos heredades”, utiliza una terminología que arranca de Pothier (“mur mitoyen et commun”) y que contiene un pleonismo. Decir muro “común” y hablar de muro “medianero” importa emplear expresiones intercambiables. Sólo la preocupación del principio romanista de que lo que accede al suelo sigue la condición jurídica de éste, puede haber influído para que en la proyectada reforma se formule el distingo. Pero los arts. y 2520, así como los arts. 2315 y 2331 del cód. civil, que resultan aplicaciones del principio de que las cosas adheridas al suelo son accesorias del suelo, extendiéndose la propiedad de éste a tales accesorios, en nada chocan con la situación jurídica prevista en el art. 2725 del cód. civil. El muro privativo Y encaballado sobre la línea separativa es de propiedad exclusiva del que lo erigió sin perjuicio de que la mitad del suelo en el cual asienta diga perteneciendo al colindante, porque sobre éste pesa la ya indicada restricción al dominio, fundada en razones de interés recíproco de los vecinos y en el concepto de que la propiedad debe configurarse económica y socialmente en su contenido mediante tales limitaciones (nota art. 2611, cód. civil, y art. 38, Constitución nacional).

3.— Una vez levantada la cerca por uno de los vecinos, utilizando éste la facultad otorgada por el art. 2725 del cód. civil. surge el derecho

creditorio a exigir del colindante la contribución al cerramiento forzoso determinada por el art. 2726 del cód. civil. Ha sido, sin embargo, una fuente de discusión y de soluciones dispares la comprensión de este último precepto. El motivo de ello radica, más bien, en una interpretación literal de la norma indicada, apoyándola también en las expresiones del art. 2727 del cód. civil.

En efecto: por el art. 2726, cód. civil, se establece que “todo propietario de una heredad puede obligar a su vecino a la construcción y conservación” de las cercas, con tal de que se trate de lugares donde rige el cerramiento forzoso (“en el recinto de un pueblo o en los arrabales”). Por el otro precepto —el art. 2727, cód. civil— se determina que “el vecino requerido para contribuir a la construcción de la cerca”, o a su conservación, puede efectuar el abandono de “la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse”, a fin de que quede exonerado de la contribución al cerramiento forzoso.

Esa interpretación literal concluía que los 2726 y 2727 del cód. civil, parten de un su hecho que no se presenta cuando ya ha ocurrido el “factum” apprehendido por el art. 2725, cód. civil. Aquellas normas considerarían el caso de que se hubiera “requerido” la contribución al cerramiento forzoso consistente en “obligar” a construir o conservar la cerca. Si esta ya hubiera sido levantada por uno de los vecinos, es decir, si éste se adelantó a cumplir con el cerramiento forzoso, entonces ya no rigen los arts. 2726 y 2727 del cód. civil. El caso queda subsumido en otro precepto: el art. 2728, cód. civil, o sea, en aquella norma que sólo autoriza a reclamar el reembolso de la mitad del valor de la cerca cuando el vecino que no contribuyó a levantarla “quiera servirse de la pared divisoria”. Es decir, cuando la utilice efectivamente, v. gr., apoyando construcciones, incrustando o adosando cañerías, etc., hipótesis en la cual el monto a reembolsar queda regido por el art. 2736, cód. civil.

Tal doctrina —lo repetimos— tiene el vicio de toda interpretación simplemente literal, que pierde de vista las valoraciones económicas y sociales contenidas en los preceptos implicados. El cerramiento forzoso es de orden público. Se funda en la necesidad de afianzar la tranquilidad, la seguridad, la higiene y el ornato. No quiere esto decir que los vecinos no puedan convenir en no cerrar sus fundos, si a ello no se opone el derecho administrativo (art. 2611, cód. civil). Aquí ejercen la facultad que se desprende del art. 2516, cód. civil, en cuanto todo vecino “puede” encerrar sus heredades, pero “sujetándose a los reglamentos policiales”. Mas, ese convenio sólo tiene eficacia “pro tēpore”: esto es, en tanto —cualquier vecino no resuelva exigir que se cumpla con lo establecido en el art. 2726, cód. civil, o sea, mientras no decida obligar a su colindante a contribuir a los gastos del levantamiento de la cerca. Aun más:

pueden los reglamentos administrativos de edificación establecer, p. ej., para las zonas de residencias-jardines, cercas de mínima o escasa altura (art. 2611 y arg. art. 2729, cód. civil). Pero, mientras ello no advenga, rige el art. 2726, cód. civil, como norma inspirada en razones de interés recíproco de los vecinos y en el interés general.

Esa restricción al dominio, impuesta por el art. 2726, cód. civil, quedaría lesionada gravemente si fuera suficiente que uno de los vecinos se hubiera adelantado a cumplir con su deber legal, para que, por ello, quedara privado del derecho a exigir la contribución al cerramiento forzoso. Aparte de ello, se arribaría a un resultado que no brilla por su justicia: quien cumplió con esa obligación "ex-lege" sufriría una inexplicable sanción: la de no poder ejercer la pretensión accionable que emana del citado precepto. Y esto a pesar de que ese vecino se limitó a obrar de consuno con el art. 2725, cód. civil.

Lo absurdo de tales conclusiones salta a la vista. Cuando se recurre, para fundarlas a la doctrina que interpreta el "code civil" (art. 663), se olvida lo establecido en el art. 2725, cód. civil, cuya fuente lo constituye el art. 671, cód. civil de Luisiana. Y nuestro codificador, al autorizar a un vecino a construir por sí, y sin previo requerimiento al convecino, la cerca, suprimió con acierto el párrafo final que la fuente contiene, ya que en ésta se establece: "pero no puede (el que levantó el muro asentando la mitad de su espesor en el terreno colindante) obligar a su vecino a contribuir a la elevación de este muro"(1).

Todavía se pretende aplicar el art. 2728, cód. civil, pero aquí olvidándose de lo literal de este precepto, que evidentemente se refiere al muro "contiguo", es decir, al supuesto de que un vecino "hubiere construído en un lugar donde el cerramiento es forzoso", un muro de encerramiento, pero "en su terreno". Es lógico, entonces, que privado el colindante de ejercer la facultad de abandonar la medianería "cediendo la mitad del terreno" sobre el cual la pared debe asentarse (art. 2726, cód. civil), para liberarse de contribuir al cerramiento forzoso, la ley haya resuelto que sólo puede ser obligado a adquirir la medianería cuando "se sirve" de la pared, hipótesis esta que se subsume en la del art. 2736 del cód. civil.

4.— No es de extrañar, entonces, que nuestra jurisprudencia se oriente firmemente a aplicar el art. 2726, cód. civil, sin distinguir entre el caso

(1) V., en cambio, lo sustentado por BENJAMIN E. P. ZACCHEO, "Medianería", en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año VII, núm. 29 (junio, 1952), p. 469, texto y nota 15, quien hace prevalecer lo literal de los arts. 2726 y 2727.

de que uno de los vecinos hubiera ya levantado la cerca (art. 2725, cód. civil), y aquel de que no hubiera cerca alguna (2).

Con ello, esa jurisprudencia brinda satisfacción a los casos más frecuentes, ya que es hoy sumamente improbable que la cerca se erija por ambos vecinos en forma coetánea. En cambio, la doctrina que combatimos tiene el vicio de dejar sin aplicación práctica el art. 2726, cód. civil, olvidando el interés general que ha privado en su sanción.

5.— Ahora bien, ¿cuándo prescribe la pretensión accionarle para exigir la contribución al cerramiento forzoso? Aquí se trata de la prescripción liberatoria y no de la usucapión; esta última también puede surgir a través de una "compossessio" por el lapso que la ley prevé (arts. 2407, 3999, 4000, 4015 y 4016, cód. civil) o —lo que resulta más raro— de una posesión exclusiva (3).

Esa prescripción es la ordinaria o decenal (art. 4023, cód. civil) y comienza a correr desde que nació el crédito del titular del muro privativo. Hay "actio nata" desde que ese muro se erigió (y, si forma "parte" integrante de un edificio, desde que éste se hubiera concluído), ya que entonces surgió la pretensión al pertinente reembolso autorizado por el art. 2726 del cód. civil (4).

6.— El fallo anotado establece esa prescripción que corre a partir del certificado municipal de inspección final. Ello implica una doctrina correcta, que no requiere para su procedencia la consideración que contiene de que el muro "queda en condominio desde el momento de su levantamiento".

Una de las salas de la cám. nacional civil de la Capital, tiene resuelto, en forma concordante, que la contribución al cerramiento procede a pesar de que uno de los vecinos ya erigió el muro, y que esa obligación se prescribe en el plazo decenal. Pero se agrega que "no habría contradicción en suponer extinguido por el transcurso de la prescripción decenal el derecho a cobrar el importe de la pared de cerramiento y subsiste en cambio, en quien la construyó el derecho de dominio exclusivo sobre la misma". De modo que "la liberación de la obligación de abonar no importa la adquisición del condominio". Por ello, quien así se liberó debe, sin embargo, reembolsar la medianería si utiliza la pared para fines que la de servir de cerca. "Al utilizarla para cargar sin ser dueño, ha dado

(2) Cám. de paz letrada de la Capital, en pleno, junio 4 de 1948, J. A., 1948-II, p. 440, con nuestra nota allí: "La contribución al cerramiento forzoso". V.: cám. de paz letrada, sala II, diciembre 20 de 1950, Rev. LA LEY, t. 62, p. 513, fallo núm. 29.650.

(3) V. nuestro "Tratado de medianería", 2ª ed., ps. 39 y sigts., y nuestra nota: "Inmueble coposeído", etc., J. A., 1942-II, p. 530.

(4) V. nuestro estudio cit. "supra", nota 2.

lugar a un nuevo título de deber", mientras no ocurra la usucapión, mediante "actos posesorios claramente ejercidos". Con ello se evita —afirmase— "un verdadero enriquecimiento sin causa"(5).

Esa doctrina, que se rechaza en el fallo anotado, desconoce los efectos de la prescripción liberatoria y deja maltrecha a esa "patrona del género humano" de la cual hablaban los antiguos. El dueño de la pared privativa "perdió" su derecho creditorio, aun subsistiendo una obligación natural a cargo del deudor (arts. 515, inc. 2°, 3947, 3949 y 4017, cód. civil), pero conserva el dominio exclusivo de la pared. En ello no se ve "contradicción". Esta, sin embargo, salta a la vista. Si la adquisición de la medianería a tenor del art. 2736, cód. civil, es un acto jurídico, que se concreta en una enajenación forzosa, ello implica que el condominio se establece una vez abonado el precio y, tratándose de derechos reales, cumplido el requisito de la "traditio" (arts. 577 y 3265, cód. civil). Si la obligación de abonar el precio ha quedado prescripta por aplicación de una norma de orden público y mediante oportuna invocación de ésta por excepción o por acción declarativa (arts. 3949, 3962 y 3964, cód. civil), la compraventa se ha perfeccionado. En ese caso, se adquiere el derecho real de condominio sobre la cerca. Ese derecho de condominio permite "a cada uno de los condóminos a servirse de la pared o muro medianero para todos los usos a que ella está destinada según su naturaleza" (art. 2730, cód. civil), y "cada uno de los condóminos puede arrimar toda clase de construcciones a la pared medianera" (art. 2731, cód. civil).

La pared medianera, adquirida por efecto de la prescripción liberatoria, tanto sirve de cerca como de muro "de carga". La ley no podría establecer en esto un distingo si ello no surge de las condiciones de resistencia y estabilidad del muro y de las reglas dictadas por la Administración en el ejercicio de su poder de policía edilicio (art. 2611, cód. civil).

Por otra parte, la tesis que criticamos conduce a otra conclusión impropcedente. La prescripción liberatoria sólo procedería para las cercas, o sea, para liberarse de contribuir al cerramiento forzoso. En cambio, no procedería para liberarse de abonar el precio de compra de la medianería cuando se ejerció la facultad acordada por el art. 2736, cód. civil. Tal distingo no tiene razón jurídica en que se apoye Y desconoce el principio emanado del art. 4019, cód. civil, según el cual "todas las acciones —sean o no creditarias— son prescriptibles", con las excepciones allí indicadas. Entre éstas no figura la pretensión creditaria del dueño de un muro a exigir el reembolso de la medianería al convecino que se sirvió del mismo para otro fin que el del cerramiento de la heredad.

(5) Cám. nacional civil de la Capital, sala D. julio 3 de 1951, Rev. LA LEY, t. 63, p. 595, y J. A., 1951-IV, p. 269 (voto del doctor Bargalló).

Esa acción es, con evidencia, creditoria. La doctrina y jurisprudencia no divergen al respecto. La constitución de la medianería, aun emanando de una sentencia de condena (6), reconoce su causa en esa compraventa voluntaria o forzosa, sin perjuicio del supuesto de "compensación" previsto en el art. 2626, cód. civil (7). Pero la prescripción liberatoria es una de las causas de que tal medianería se constituya, aparte de la usucapión. En cambio, sostener que sólo procede esta última, conduce a resultados reñidos con esa institución de orden público que es la prescripción, confundiéndola con un medio de adquirir derechos reales, como lo es la usucapión, fundada también en la "publica utilitas".

Todavía importa desconocer esa razón de interés general afirmar que hay enriquecimiento sin causa en admitir la prescripción liberatoria de la contribución al cerramiento y en declarar, por ello, adquirido el condominio sobre la cerca. La "causa" de ese enriquecimiento hállese nada menos que en "la ley" que estableció la prescripción de las pretensiones accionables.

(6) V. nuestros estudios: "Determinación del precio de adquisición de la medianería", J. A., 1950-III, sec. doct., p. 45, y "El concepto del valor actual del muro cuya medianería se constituye", J. A., 1951-II, sec. doct., p. 6.

(7) V. nuestro "Tratado de medianería", 2ª ed., ps. 398 y sigts., y el fallo plenario de las ex-cáms. civiles de la Capital, mayo 10 de 1935, allí considerado.