

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado Ponente

SC4755-2018

Radicación n° 11001-31-03-030-2007-00487-01

(Aprobado en sesión cinco de septiembre de dos mil dieciocho)

Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho
(2018).-

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de 17 de octubre de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Benita Vanegas Prieto contra Jesús Antonio Restrepo Cumaco e Inversiones Rico Ltda. en Liquidación.

ANTECEDENTES

1.- En el libelo, que por reparto correspondió al Juzgado Treinta Civil del Circuito de esta capital, la actora solicitó

declarar que los demandados le adeudan ochenta millones de pesos (\$80'000.000) o la cantidad que resulte probada, por las mejoras que plantó en el inmueble ubicado en la carrera 68 B bis N° 2 – 19 de Bogotá, y que, como consecuencia, se les condene a cancelarle el respectivo valor.

2.- En respaldo de lo anterior averó, en síntesis, que durante más de 25 años Pedro Alcántara Guerrero Salinas ejerció posesión sobre el fundo ubicado en la carrera 68 B bis N° 2 – 19 de esta ciudad, poderío que le transfirió a José E. Romero, quien se lo vendió el 28 de enero de 1980 por ciento veinte mil pesos (\$120.000), razón por la que desde entonces lo ha ejercido a ciencia y paciencia sin reconocer dominio ajeno, tanto así que con el producto de la venta de un establecimiento de comercio, con préstamos bancarios que obtuvo y con las ganancias de la compra y venta de sal, construyó en ese bien un edificio de tres niveles e instaló servicios públicos, al punto que actualmente percibe una renta con la que sustenta a su familia y cubre los créditos.

En adición, dijo haber sostenido una relación sentimental hasta hace dos (2) años con Jesús Antonio Restrepo Cumaco, y que éste se aprovechó del conocimiento que tenía sobre la situación de ese feudo, acudió a Inversiones Rico Ltda. en Liquidación y después de haber cancelado tres millones trescientos mil pesos (\$3'300.000) obtuvo la escritura pública de compraventa n° 975 de 29 de marzo de 2007 suscrita en la Notaría Once de Bogotá, que lo acredita como dueño, no obstante que es ella la que siempre

lo ha ocupado, mejorado y sufragado los impuestos y las valorizaciones respectivas.

3.- Admitida la acción, se notició a la pasiva; empero, solamente la Sociedad Inversiones Rico Ltda. en liquidación se pronunció y alegó *«falta de causa para demandar»* afincada en que vendió *«al señor Jesús Antonio Restrepo Cumaco, en calidad de posesionario, el lote de terreno No. 6 de la manzana 19 que forma parte del barrio La Igualdad, ubicado en la carrera 68B Bis No. 2-19 de esta ciudad, mediante escritura No. 975 del 29 de marzo de 2007»* contentiva de la compraventa del terreno en comento, y explicó que en ese acto escriturario se *«identificó el bien objeto del negocio como lote de terreno, en ninguna parte de la escritura hace mención a las aludidas mejoras»*.

Al referirse a los hechos narrados por la actora, puntualmente al decimoséptimo, sostuvo que no es cierto, debido a que ***«[l]a sociedad Inversiones Rico Ltda -en liquidación- en calidad de propietaria de la Hacienda San Isidro fue víctima de los invasores de tierras, formándose algunos barrios, entre ellos La Igualdad, del que hace parte el predio ubicado en la Carrera 68B bis No. 2-19 de esta ciudad, donde se encuentran plantadas las mejoras objeto de la litis»*** (folios 235 a 237, cuaderno 1) (Resalta la Sala).

El otro enjuiciado guardó silencio.

4.- El fallo de primera instancia, pronunciado el 2 de mayo de 2013, negó las pretensiones (folios 455 a 459, cuaderno 1), decisión recurrida por la desfavorecida y confirmada por el superior.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de referir los antecedentes, presupuestos procesales y regularidad de la actuación, sintetizó el motivo de la apelación y encontró probado que en el predio perteneciente a Jesús Antonio Restrepo Cumaco se instalaron mejoras, presuntamente por la promotora, por lo que direccionó el debate hacia la accesión de muebles a inmuebles prevista en el artículo 739 del Código Civil.

Situado en esa órbita, el colegiado dedujo que el bien mejorado sigue en poder de la promotora porque no le ha sido reclamado judicialmente, cuestión que le impide a aquélla exigir autónomamente, pues, según lo precisó, requiere el previo deseo del titular del terreno de recuperarlo, lo que, en su entender, no se demostró, siendo intrascendente lo atinente al exiguo precio pagado por Juan Antonio Restrepo Cumaco a Inversiones Rico Ltda., por ser ese un tema cuyo análisis debe darse en otro escenario judicial.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un solo ataque formuló el censor amparado en la causal primera consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

CARGO ÚNICO

Acusa, por vía directa, la vulneración de los artículos 713 y 739 del Código Civil por interpretación errónea, y por falta de empleo la de los cánones 666, 1535 y 1608 de la misma obra, así como el 230 de la Constitución Política, el 10 de la Ley 153 de 1887 y el 4 de la Ley 169 de 1896.

Fundamenta su discrepancia de la siguiente manera:

Dice que la primera transgresión ocurrió porque se condicionó el derecho de quien edifica en terreno ajeno a que exista una reclamación previa del propietario, lo que no se acompasa con el ordenamiento que rige la accesión de “muebles a inmuebles” comoquiera que se extrae algo distinto a lo allí estipulado; se aleja de la jurisprudencia que la regula, según la cual «*el derecho de quien construye en suelo ajeno es independiente del recobro por parte del dueño de este*» (CSJ SC 24 nov. 2006) y desconoce el principio de interpretación útil a cuyo tenor debe prevalecer la hermenéutica que señale un camino ventajoso sobre otro vano.

En ese contexto, continúa la casacionista, el precedente invocado por el *ad-quem* fue descontextualizado y, por ende, se inadvirtió que no toda sentencia constituye doctrina probable, ya que debe tratar un caso análogo al que ahora es objeto de pronunciamiento, y que de cualquier manera tampoco es inmutable.

Al final, el recurrente asevera que la omisión normativa denunciada tuvo lugar porque al supeditar la prerrogativa concedida por la ley al constructor como lo hizo el Tribunal, le restó eficacia, la volvió imprescriptible, sometida a una condición suspensiva; y, además, olvidó que la demanda tiene efectos de requerimiento para constituir en mora, todo porque el edificador siempre dependerá de la potestad del propietario del terreno mejorado, ya que sin su reclamo aquél no puede ejercer el mencionado derecho.

CONSIDERACIONES

1.- Este recurso se gobierna por el Código de Procedimiento Civil, dado que fue interpuesto antes de 1 de enero de 2016, cuando entró a regir -en pleno- el Código General del Proceso (arts. 624 y 625, núm. 5°), según lo dispuesto en el Acuerdo PSAA15-10392 de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

2.- La actora buscó el reconocimiento de las mejoras que plantó en el bien de propiedad de Jesús Antonio Restrepo Cumaco y que se encuentra en su poder, pues este no está reclamando o exigiendo su restitución.

3.- El Tribunal confirmó la desestimación del *a quo*, ya que para acceder a esa petición es requisito previo que el dueño del bien mejorado pretenda aprehenderlo, propósito que en este caso no había exteriorizado el propietario.

4.- El recurso extraordinario se apoya en que no es necesaria la exigencia que halló insatisfecha el funcionario de segundo grado para que el edificador o sembrador obtenga el pago de las mejoras que instaló en terreno ajeno.

Con basamento en esa premisa, la censora combate justamente las argumentaciones que sacó a relucir el *ad quem* para sustentar la tesis según la cual al mejorista le incumbe esperar a que el propietario le reclame el bien en que están plantadas las mejoras para procurar su reconocimiento.

5.- La transgresión de las normas de linaje sustancial, que es cuestión regulada en la primera de las causales de casación, ocurre de manera directa cuando después de agotar con acierto la fase de valoración factual y probatoria del pleito, el juzgador lo somete a un tratamiento legal impropio, ya porque deja de lado la normatividad aplicable, ora porque se funda en una que resulta ajena, o aun en los casos en que sirviéndose de la correcta, la hace actuar, con incidencia en la decisión, pero le atribuye una inteligencia diversa a la que de ella dimana.

De lo dicho se sigue que al invocar esta clase de desacierto el censor comparte la constatación de la realidad fáctica y probatoria que efectuó el sentenciador y, por tanto, le está vedado discrepar en lo más mínimo de las conclusiones que en ese terreno haya efectuado aquél, porque las acepta a plenitud, de tal modo que su embate debe

dirigirse, en concreto, a derruir los falsos juicios en relación con los preceptos que gobiernan el caso.

Al respecto, esta Corte ha dicho que

[e]n este ámbito, vale decir en el del error jurídico en estricto sentido (v. G. J. T. CXLX, pág. 34), la única actividad argumental admisible del recurrente ha de circunscribirse, necesaria y exclusivamente, a los textos legales de carácter sustancial que considere no aplicados o aplicados indebidamente o quebrantados por error de entendimiento, pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier razonamiento que, montado sobre una discrepancia más o menos visible con el sentenciador de instancia en el terreno de la evidencia recogida, haga necesario un nuevo examen crítico de los medios probatorios de los que esa evidencia emerge. Suponer que la violación de la ley pudo producirse por ambos caminos a la vez es una proposición que adolece de notoria contradicción...” (G.J. t. CCXVI, pág. 460, reiterada en (CSJ SC 24 abr. 2012, rad. n° 2005-00078).

6.- La accesión, concebida como uno de los modos originarios de adquirir el dominio (art. 673 C.C.) da lugar a que el titular de un bien adquiriera sus frutos (*civiles y naturales*) o lo que a él se acumuló, conforme lo ha expuesto esta Sala, entre otras, en SC 28 mar. 2000, rad. n° 5155, en la que precisó

[c]uando se incorporan materiales, plantas o semillas de propiedad de una persona en suelo de propiedad de otra, la determinación de a cuál de ellos pertenece la edificación, plantación o sementara, se orienta por la aplicación del principio conforme al cual la superficie accede al suelo que es lo que se considera principal y

por ello el propietario del suelo, quiéralo o no, se hace dueño de las mejoras puestas en él, pues el modo de la accesión opera, como se dijo, de pleno derecho.

Significa lo anterior, según destella del tenor del citado canon sustancial, que cuando se acumulan o agregan materiales, plantas o semillas de una persona en suelo de otra, por virtud del principio *superficies solo cedit*, conforme al cual la cubierta accede al suelo, por ser este principal, el propietario del bien se apropia de las mejoras, en rigor, porque la accesión opera *ipso jure*.

Sin embargo, para evitar que ese desplazamiento patrimonial forje un enriquecimiento sin justa causa, la ley obliga al propietario del terreno a sufragar los materiales, plantas o semillas empleadas a quien las colocó, tomando en consideración si el constructor sabía o no que construía, plantaba o sembraba en la heredad de aquél, puesto que cuando el primero obra con conocimiento del segundo no le disputa la condición de dueño, pues es con su anuencia que precisamente incorpora las mejoras.

Con tal propósito el artículo 739 del Código Civil contempla dos supuestos que gobiernan hipótesis diversas, así:

En el primero establece que

[e]l dueño del terreno en que otra persona, sin su consentimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o

sementera, mediante las indemnizaciones prescritas en favor de los poseedores de buena o mala fe en el Título De la Reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Tal regulación, cumple decirlo, se ocupa de aquellas situaciones en que alguien edifica, planta o siembra en terreno ajeno sin conocimiento del titular del terreno y confiere al propietario del suelo un derecho de opción consistente en la posibilidad de acogerse a las reglas de la accesión, en cuyo caso pasará a ser dueño automáticamente de las mejoras, con cargo de pagar su valor al que las plantó allí a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, o de rechazar las reglas de la accesión y obligar entonces al que edificó o sembró a pagarle el correspondiente precio del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo que lo tuvo en su poder.

Ya en el segundo, advierte que

*[s]i se ha edificado, plantado o sembrado **a ciencia y paciencia del dueño del terreno**, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.*

En este caso, que es sustancialmente diverso al anterior, la ley entiende que el constructor obró a **ciencia y paciencia** del propietario del suelo, y por eso previene unas consecuencias diferentes a las que dimanarían del inciso primero, toda vez que confiere al *verus dominus* del suelo

mejorado un derecho de preferencia que lo faculta para liquidar a su favor la situación jurídica que se forma después de que otra persona, con su anuencia, ha edificado, plantado o sembrado en suelo de su propiedad, obligándolo a pagar el valor del edificio, plantación o cementera a quien lo levantó, sembró o plantó, si lo que pretende es recobrarlo, no pudiendo, en todo caso, desposeer al mejorista hasta tanto no medie la respectiva liquidación y el pago de las correspondientes mejoras.

No obstante, la jurisprudencia ha entendido que en cualquiera de esos dos supuestos es presupuesto para que el mejorista obtenga el reembolso de su inversión que el propietario intente recobrar el fundo, pues su derecho no es real sino personal, en tanto que constituye, a ojos vistas, un crédito que está ligado a la pérdida de la detentación del inmueble, por lo que antes de que se aspire a recuperar el predio aquél no puede ser ejercido en forma autónoma (CSJ022 de 1998, rad. n° 4674, SC166 de 2006, rad. n° 1997-09188-01 y SC10896 de 2015, rad. n° 2005-00011-01).

Para decirlo de otro modo: la garantía propia del que edificó, plantó o sembró en heredad de otro origina, ante todo, un derecho de crédito que opera a favor suyo frente al titular del feudo, concerniente a las prestaciones mutuas propias de la acción dominical, ora al valor del edificio, plantación o sementera, y por ello sólo surge cuando el dueño del terreno busca por cualquier medio -jurídico o de facto- la recuperación del terreno y junto a él obtener la tenencia de los accesorios.

Sobre ese preciso aspecto, la Corte ha expuesto que

[n]ótase claramente que el artículo precitado, (739) en ninguno de sus dos incisos, confiere derecho independiente a quien ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno, para demandar del propietario del predio el pago del valor del edificio, plantación o sementera o para obligarlo a que le venda el terreno mejorado, mientras tenga el bien en su poder. 'Y como, en principio, quien es señor de la tierra pasa a serlo, por el modo de la accesión, de lo que otro edifica en ella en virtud de que lo accesorio es atraído por lo principal, síguese que, en tal evento, el edificador no tiene un derecho de dominio tal sobre la mejora que le faculte para disponer de ella a su antojo o para impedir que el dueño de la tierra la haga suya. El señorío de la mejora, entonces, lo adquiere éste por el modo originario de la accesión, y no por derivarlo de un acto de voluntad del mejorante, quien, como adelante se dirá, sólo tiene un derecho crediticio por el valor de la edificación o por el valor de las prestaciones mutuas, en su caso. Este derecho crediticio que el artículo 739 apuntado conceda al mejorador, no es autónomo, sólo puede ser ejercitado por éste, cuando el dueño de la tierra haga uso de las prerrogativas que la misma disposición le otorga' (G. J. CXLIII, Pág. 43). Y más adelante se agrega que '...Cabe precisar, repitiendo, que por la índole del derecho de retención, éste sólo se concede al mejorador que está en poder de la respectiva mejora. Además, como se dijo en el punto 1, el derecho crediticio que la ley le concede, no puede, con base en el artículo 739 apuntado, reclamarse independientemente en juicio, como pretensión autónoma, sin que previamente el dueño del suelo haga valer los derechos, que como a tal le concede esa disposición' (Ejusdem, pág. 44). (Primera de las sentencias citadas, se resalta).

En tiempo más reciente, la Sala reafirmó dicha postura al explicar que

*[s]e sigue de lo expuesto que, **por regla general, quien plantó mejoras en suelo ajeno, no tiene acción directa para obtener del dueño de la tierra su valor o para obligarlo a venderle el predio; y que, por excepción, únicamente en aquellos casos en los que se ha materializado, por sentencia judicial o de facto, la recuperación del suelo por parte del titular dominio, aquél puede accionar para obtener de éste el valor de las mejoras** (Se resalta). (CSJ. SC10896-2015).*

Ese tratamiento legal, antes que ser equivocado, cual lo pregonan la censura, luce atinado, porque quien solicita el pago de lo levantado en tierra de otro reconoce dominio ajeno y también carece de legitimación para pedir que se haga la consecuente entrega al tratarse de una facultad puesta únicamente al servicio del dueño; además, porque si el plantador conserva el bien sin disputa nada le impide continuar así, esto es, usufructuándolo a su manera, ello, en principio, no desdice de la propiedad del titular del terreno, habida cuenta que éste solamente estaría desprovisto de su tenencia, siendo posible que la obtenga al contar con los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento en caso de existir disputa entre las partes.

Sobre tal situación esta Corporación recientemente indicó lo siguiente

[d]esde la perspectiva de quien realizó la edificación, la plantación o el sembradío, de acuerdo con el inciso segundo, la norma no estableció en su favor una acción propiamente dicha, menos una dirigida a que, mediante su ejercicio, pudiera conseguir para sí el pago de la mejora o a obligar al propietario del terreno a enajenárselo.

Acto seguido agregó

[e]sa intencionada abstención del legislador encuentra su fundamento en la realidad de cómo, por regla general, suceden las cosas. De suyo que una vez realizadas las obras constitutivas del mejoramiento, ellas quedan en poder de su autor, quien, por ende, las detenta y aprovecha. La circunstancia de que otra persona sea la propietaria del suelo, pese a la importancia jurídica que en efecto tiene, no afecta per se el derecho de aquél de usar y gozar la mejora, en sí misma considerada. Por consiguiente, la vulneración de esa prerrogativa del mejorador sólo podría producirse cuando el dueño del terreno opta por recuperarlo y, en tal virtud intenta recobrarlo y por ende obtener la tenencia de los bienes que son accesorios, es decir, la edificación, plantación o sementera, que por ley ya es suya pero que aún estaba en cabeza de quien construyó o mejoró. (CSJ SC-10896 de 2015, rad. n° 2005-00011-01).

Más adelante relievó que

[e]llo explica que la garantía brindada en el precepto que se analiza a quien edificó, plantó o sembró en predio de otro, corresponda solamente al derecho de crédito que en favor suyo y a cargo del titular del dominio de la tierra estatuyó, referido a las prestaciones mutuas propias de la acción de dominio, ora al valor del edificio, plantación o sementera, derecho que solamente surge cuando el dueño busca por cualquier medio la recuperación del terreno y junto a él la tenencia de los accesorios.

La aludida intelección no admite reparo, porque si el constructor es quien goza a ciencia y paciencia de la cosa mejorada al no mediar requerimiento del propietario y de ella deriva provecho, no parece lógico, y tampoco admisible, que pueda obtener autónomamente el pago de las

indemnizaciones derivadas de tal labor, siendo esa, en concreto, la razón por la que se le exige esperar a que medie una reclamación concreta del titular del dominio para que pueda salir, ahí sí, a exigir su derecho.

Estimar cosa diversa, *v.gr.*, habilitar a dicho plantador para reclamar el pago de las mejoras cuando está a su entera disposición el feudo porque nadie se lo ha disputado sería tanto como patrocinar un abuso del derecho y lesionar los intereses del *verus dominus* que, al no tener el señorío en su poder, quedaría, por tanto, expuesto a retribuir algo que no le reporta utilidad.

Sobre este principio general, la Corte ha tenido oportunidad de dilucidar que:

[e]l abuso del derecho, en todo caso y con independencia de la teoría objetiva o subjetiva que se predique haberle dado origen, en cada situación concreta y según las circunstancias fácticas que lo rodeen, se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio (CSJ. SC 16 sep. 2010, rad. n° 2005-00590-01).

7.- Pues bien, en el *sub judice* la discusión se ubicó en el primer inciso del artículo 739, ya que no se estableció que la mejorista hubiese realizado las expensas que reclama a ciencia y paciencia del propietario del terreno, pues ni así se

planteó en los albores del pleito, ni tal aquiescencia salió a relucir posteriormente, tanto más si en cuenta se tiene que, al repulsar el libelo, la sociedad Inversiones Rico Ltda. en liquidación, afirmó que el predio mejorado fue ocupado por diversos invasores que obraron sin su consentimiento, lo que la obligó a negociar con ellos y otorgarles títulos de propiedad, conforme ocurrió con Jesús Antonio Restrepo Cumaco a quien, según lo expresó, en 2007 le transfirió el dominio del inmueble aludido por la reclamante.

En esa secuencia, observa la Corte que la tesitura confrontada no relumbra equivocada, toda vez que en ella se estableció la improcedencia de la pretensión indemnizatoria planteada por Benita Vanegas Prieto tras evidenciarse que Jesús Antonio Restrepo Cumaco, actual propietario del feudo sobre el que están plantadas las mejoras cuyo reembolso pretende obtener la actora, no ha exteriorizado ninguna intención de recuperarlo, lo que guarda concordancia con la inteligencia otorgada al ordenamiento referido con independencia del supuesto en el que hubiere sido encasillada la discusión porque, como ya se dijo, en cualquiera de los dos incisos del artículo 739 es preciso que medie la intención inequívoca del *verus dominus* de recuperar la cosa mejorada, cuestión que hasta ahora no ha tenido ocurrencia, pues en ese sentido ninguna verdad salió a flote.

8.- El censor aduce, a partir de la cita parcial de una sentencia de la Corte, que es posible para el mejorador

obtener el reconocimiento de su obra, al margen de que el titular del dominio del terreno intente aprehenderlo.

Ese veredicto, que a su vez se apoya en un precedente - CSJ SC de 14 oct. 1987- consigna, entre otros aspectos, que *«el propietario, está obligado a pagar lo que adquirió independientemente de que necesite recobrar el suelo, derecho de recobro que igualmente la norma le reconoce si lo requiere»*. (CSJ SC-166 de 2006, rad. n° 1997-9188-01).

Sin embargo, la cabal comprensión de ese pronunciamiento, que en apariencia autorizó una acción de reconocimiento de mejoras independiente del reclamo del *dómine*, requiere precisar que el mismo se produjo por virtud de que el desposeído ya había ingresado al fundo mejorado, mientras que el mejorista había fallecido, como lo muestra el contenido de la sentencia, siendo esa la única y especial circunstancia por la que se determinó que estaba conminado a cancelar el valor de la obra en ella levantada, aun cuando ya detentaba el bien.

9.- El desarrollo que sí ha expuesto la Sala respecto de la accesión inmobiliaria y específicamente en relación con el requisito extrañado por el funcionario de segunda instancia, esto es, la necesidad de que el dueño del terreno intente recuperarlo para que quien puso las mejoras pueda exigir su pago, alude a que si aquél vio satisfecha esa pretensión prevalido de un proceder extraño al constructor -judicial o no- es posible que este solicite el reconocimiento económico de su labor y lo invertido en ella de manera autónoma,

planteamiento que en verdad no desdice de la jurisprudencia sino que la amplía, pues se enmarca dentro de los requisitos ya mencionados en la medida en que en tal evento, por un lado, hubo aprehensión del fundo por parte de su titular y, por otro, el mejorador no ha obtenido la prestación correspondiente a la edificación que plantó.

Sobre tal excepción a la regla general esta Corporación ha dicho que

[e]n tiempo más reciente la Sala, luego de reiterar su anterior criterio, mediante la reproducción del precedente fallo, explicó que “[s]i en sentencia judicial que produzca efectos frente a quien plantó las mejoras, se ordena la restitución del predio mejorado al dueño, o ésta ya se consumó, es evidente que la elección que la ley le confiere al propietario se ha hecho concreta, razón por la cual, podrá el mejorante, cuando el pago de las mismas no hubiese sido ordenado, reclamar autónoma e independientemente su valor, pedimento que se fundamenta, insístese, en el insoslayable y categórico principio que prohíbe enriquecerse injustamente en detrimento de otro (...)” (CSJ, SC del 31 de marzo de 1998, Rad. n.° 4674). Se sigue de lo expuesto que, por regla general, quien plantó mejoras en suelo ajeno, no tiene acción directa para obtener del dueño de la tierra su valor o para obligarlo a venderle el predio; y que, por excepción, únicamente en aquellos casos en los que se ha materializado, por sentencia judicial o de facto, la recuperación del suelo por parte del titular dominio, aquél puede accionar para obtener de éste el valor de las mejoras. (CSJ SC-10896 de 2015, rad. n° 2005-00011-01).

Con ese entendimiento, refulge diáfano que la hermenéutica admitida por la Corte para posibilitar el reclamo del derecho de crédito que el artículo 739 del Código

Civil consagra a favor de quien edifica en suelo ajeno, si requiere de actos previos emanados del *dominus* para aprehenderlo, siendo esa la tesis central que acogió el fallo atacado.

De allí fulgura que no se incurrió en el yerro jurídico endilgado al juez de segunda instancia.

10.- De igual manera, no existe el quebranto de la doctrina probable a que alude el recurso, porque aunque es cierto que por mandato del artículo 4 de la Ley 169 de 1989 que modificó el 10 de la Ley 153 de 1887, «(t)res decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.», también lo es que el *ad-quem* no menospreció la doctrina definida por esta Corporación frente a la accesión inmobiliaria y específicamente con el presupuesto que echó de menos (SC022 de 1998, rad. n° 4674, SC-166 de 2006, rad. n° 1997-09188-01 y SC10896 de 2015, rad. n° 2005-00011-01) porque, contrariamente a lo alegado, la aplicó y no hubo exposición de alegaciones novedosas que exijan un estudio diverso al ya efectuado en los referidos precedentes.

11.- En conclusión, no se presentó la transgresión anunciada porque el *iudex* enjuiciado aplicó el precepto que jurídicamente subsumía el litigio, esto es, el artículo 739 del Código Civil y le dio una justificación acorde con los

propósitos que lo inspiraron y con la jurisprudencia uniforme del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Así mismo, tampoco se torna inoperante el derecho crediticio establecido legalmente a favor de la constructora, demandante en el *sub lite*, puesto que conserva el bien mejorado por virtud del derecho de retención que la ampara y, por ende, nada obsta para que lo ejerza.

Pero además, ya es momento de decirlo, el fracaso de la presente acción tras haber sido ejercida con rotunda independencia del derecho que la ley otorga al titular del inmueble mejorado, no impide que la actora pueda plantear el debate y haga valer su interés cuando llegue el momento, más exactamente, cuando realmente surja, al tenor del inciso 1 del artículo 739 del Código Civil.

Por virtud de lo expresado, el cargo estudiado no se abre paso.

12.- Como el desenlace es adverso a la casacionista, de conformidad con el último inciso del artículo 375 *in fine* del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 19 de la Ley 1395 de 2010, que lo modificó, se le condenará en costas. Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho correspondientes, y para su cuantificación se tendrá en cuenta que el recurso extraordinario fue replicado por los dos contradictores.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

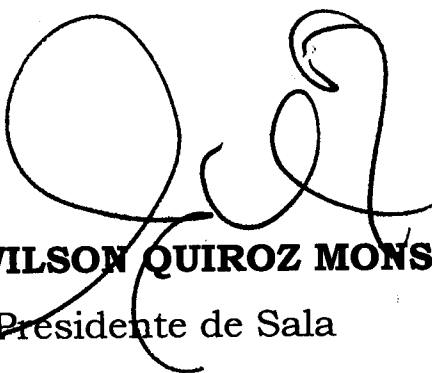
RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de 17 de octubre de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Benita Vanegas Prieto contra Jesús Antonio Restrepo Cumaco e Inversiones Rico Ltda., en liquidación.

SEGUNDO. CONDENAR en costas del recurso de casación a la recurrente, las que serán liquidadas por la Secretaría, que incluirá en estas la suma de siete millones de pesos (\$7'000.000) por concepto de agencias en derecho.

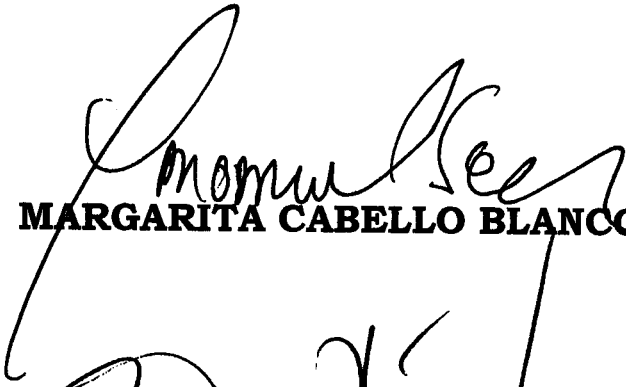
TERCERO. ORDENAR que, en oportunidad, se remita el expediente al Tribunal de origen.

Notifiquese y devuélvase.

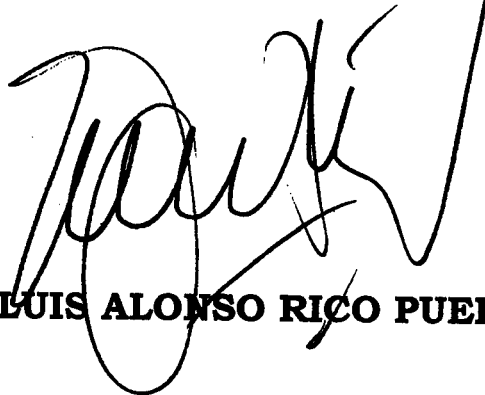


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

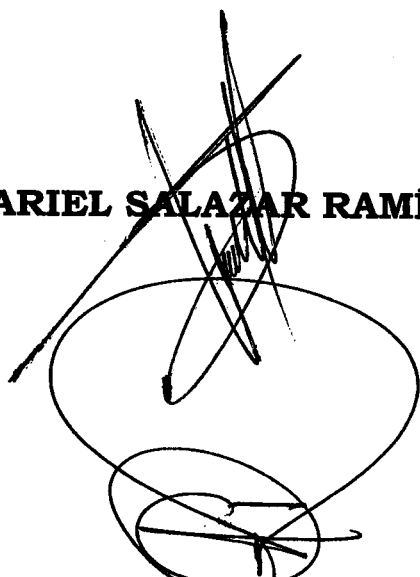
Presidente de Sala



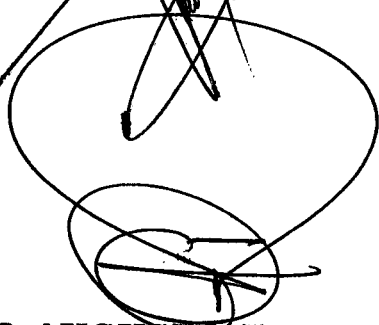
MARGARITA CABELLO BLANCO



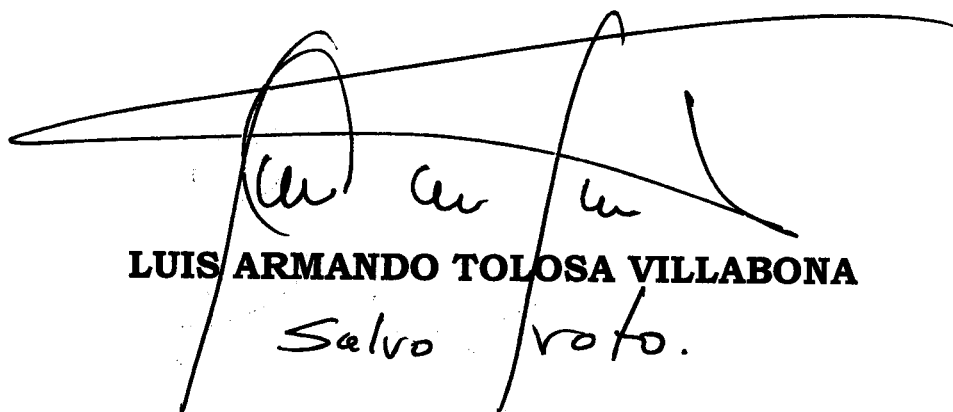
LUIS ALONSO RICO PUERTA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Salvo voto.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 11001-31-03-030-2007-00487-01

1. No comparto las motivaciones ni la resolutive contenidas en la sentencia que precede. Con el debido respeto a la Sala paso a exponer las razones de mi discrepancia.

2. Los hechos nodales:

2.1. Benita Vanegas Prieto, la recurrente en casación, demandó a Jesús Antonio Restrepo Cumaco e Inversiones Rico Ltda., para el pago de \$80.000.000, correspondientes al valor de las mejoras plantadas en el inmueble ubicado en la Carrera 68B *bis* N° 2-19 de Bogotá.

2.2. En respaldo de sus pretensiones, arguyó que durante más de 25 años Pedro Alcántara Guerrero Salinas ejerció la posesión sobre el bien, poderío que luego transfirió a José E. Romero, quien se lo vendió a ella en

1980, época desde la cual construyó un “*edificio de tres niveles e instaló servicios públicos*”, recibiendo renta de su explotación.

En adición a lo anterior, dice que sostuvo una “*relación sentimental*” hasta hace 2 años con Jesús Antonio Restrepo Cumaco, quien, torticeramente compró el aludido inmueble de manos de su propietaria Inversiones Rico Ltda. en Liquidación.

2.3. El estrado de primera instancia, a la sazón, el Treinta Civil del Circuito de esta capital, denegó las pretensiones.

2.4. El **Tribunal Superior de ese Distrito Judicial**, en fallo de 17 de octubre de 2013, confirmó la decisión recurrida, tras desatar la alzada propuesta por la libelista.

El *ad quem* halló probadas las mejoras; no obstante, sostuvo, para negar las pretensiones, que el bien objeto de las mismas seguía en su poder y no le había sido reclamado judicialmente, lo cual impedía la petición deprecada, por cuanto la acción promovida de reconocimiento y pago de mejoras no era susceptible de ejercerse autónomamente.

2.5. La Corte, tras desatar el único cargo formulado por la actora, estimó que no había lugar a casar. En lo medular, invocando jurisprudencia anterior, dedujo que ningún error se le podía imputar al fallo del tribunal, pues la prosperidad de la demandas que suplica el

reconocimiento de mejoras y el pago de su valor está condicionada a la previa reclamación del inmueble, proveniente de su dueño, conforme lo dispone el precepto 739 del Código Civil.

3. La tesis se finca en una inadecuada e inaceptable conceptualización de diversas instituciones propias del Derecho de las Cosas, del Derecho Obligacional y del ordenamiento constitucional, así como de la teleología que inspira las instituciones jurídicas.

Deja de lado los principios de equidad y de justicia, que presiden el orden jurídico patrimonial privado. En efecto, **(i)** no reinterpreta la accesión en el marco del Estado Constitucional; **(ii)** desconoce la transformación de los principios según los cuales lo accesorio sigue a lo principal y el de *superficies solo cedit*; **(iii)** repudia que la solicitud por mejoras para el plantador puede ser objeto de acción directa y autónoma del mejorante; y **(iv)** ignora la genuina dimensión del principio del enriquecimiento sin causa.

Como a continuación muestro, cualquiera de los cuatro elementos jurídicos o principios permitían, interpretados individualmente, o en forma concurrente, abrir paso para reconocer el derecho al mejorario, sin parar mientes en los artificiales condicionamientos exigidos por la mayoría de la Sala.

3.1. Teoría general de la accesión y su necesaria reinterpretación bajo el haz de los postulados

constitucionales. Principio de la accesoriadad y su hermenéutica en el marco del Estado Constitucional

3.1.1. Accesión viene del latín *accessio* (su contrario es *deccesio*), agregación de una cosa a otra. En su acepción lata, es el derecho que compete al dueño de una cosa sobre lo que ella produzca y a ella se incorpore.

3.1.2. En punto de su **naturaleza jurídica**, el derecho romano la reguló como modo originario de adquirir *secundum quid*, y a esa idea responde el artículo 713 del Código Civil¹.

No obstante, esa tesis no puede entenderse en términos absolutos, por cuanto, no es en rigor cierto que la adquisición sea la médula de la situación jurídica tenida en cuenta por dicha norma, sino el resultado final de ella; es decir, la accesión es la vía de solución de los conflictos de intereses regulados en los distintos preceptos que la reglamentan.

El modo adquisitivo, envuelto en la idea de la accesión, es sólo una de las vertientes del problema, las más de las veces ligado a un fenómeno extintivo, concretado en la pérdida de la propiedad de otro.

De este modo, la sistematización de la accesión entre los modos de adquirir el dominio sólo ofrece una visión unilateral, y en todo caso arbitraria, de un fenómeno con

¹ Adoptado como legislación nacional en 1887.

más amplias repercusiones, y susceptible de contemplarse desde varios puntos de vista.

Si se aspira, entonces, a una construcción jurídica ceñida integralmente a la realidad, y respetuosa de ella, la naturaleza jurídica de ese instituto debe encontrarse, en últimas, en la concreción de la idea de la función social de la propiedad (art. 58 CN), de manera tal que cualquiera haya sido la génesis y los contornos de la situación conflictual, el resultado (adquisición del dominio) debe valorarse objetivamente en la forma como produzca un mayor beneficio para la comunidad.

3.1.3. Desde la perspectiva ontológica, “*accesorio*” significa algo que depende de lo principal o se le une por accidente.

El principio *accessorium sequitur principali* no se puede aplicar en todo caso con rigor. No siempre lo principal es lo principal, ni lo accesorio es lo accesorio, porque en cada cultura o fase histórica las circunstancias modales varían de acuerdo al espacio, cultura o época. Los viajes espaciales no tienen principalidad para un nómada; la alimentación con base en las carnes rojas de animales resulta despreciable para un vegano; la valía de la fe para un teísta es alienación para un ateo; en fin, cuanto ayer fue principal puede ser hoy accesorio o irrelevante.

Las categorías son históricas, y cada generación llena de contenido un concepto a su antojo.

Debe observarse que la relación de accesoriedad, además de ser determinada por una relación de hecho (por ej. las ventanas de una casa o sus puertas), también puede serlo por una situación puramente jurídica, de derecho (vbgr. frutos y capital).

El concepto de lo accesorio no se circunscribe únicamente a los bienes materiales, sino también a los derechos, a las obligaciones y a los contratos.

El Código Civil trae de ello numerosos ejemplos, entre los cuales se cuentan los de servidumbres de paso, que por ser accesorios de la propiedad sobre el fundo, pasan a los sucesivos propietarios de éste. Igualmente son accesorios los derechos de garantía.

La cesión de un crédito comprende la de todos sus accesorios, como las fianzas, hipotecas, prendas o cualquier otro tipo de privilegio (art. 1964 CC).

Por las particularidades del objeto, las obligaciones también se clasifican en principales y accesorias. El objeto que se debe por sí mismo, como consonante determinativo de ellas, da origen a una obligación principal. La prestación debida por consideración o como secuela de otra determinante para su complemento o garantía, motiva la obligación accesorio.

Por su naturaleza independiente o relacionada, los contratos también se distinguen en principales y accesorios.

¿Cómo determinar qué es lo accesorio y qué lo principal? Se han sugerido varios criterios ateniéndose ya a la existencia independiente o dependiente de las respectivas cosas o derechos, a su finalidad o importancia, a su valor y, en último término, a su volumen. Ninguno de ellos es definitivo.

Quedará, en todo caso, al arbitrio del juez su determinación, a la luz de los postulados que emanan del ordenamiento jurídico al cual obedece, y en cuyo seno desenvuelve su labor.

3.1.4. Las ideas anteriormente esbozadas son fundamentales si se pretende entender los verdaderos alcances del fenómeno accesivo, y las reglas y principios que lo regulan.

3.2. Los principios básicos de la accesión: el de buena fe, el de lo accesorio sigue la suerte de lo principal y el de *superficies solo cedit*. Visión crítica respecto de ellos

3.2.1. En nuestro Derecho Positivo, el fenómeno de la accesión se halla gobernado por tres reglas o principios², que ofrecen solución a los conflictos de intereses reglados en los artículos 713 a 739 del Código Civil:

² Así: CSJ SSC del 31 de marzo de 1998 (Jorge A. Castillo); y 24 de nov. de 2006 (M.P. Edgardo Villamil).

- i. El de **buena fe** (arts. 716, 728, 732, 733 y 739 CC; art. 83 CN).
- ii. El de ***accessorium sequitur principale*** (arts. 728, 729, 730 y 731 CC);
- iii. El principio de la ***superficies solo cedit*** (arts. 738 y 739 CC).

3.2.2. En materia de accesión, **la buena fe** significa, en suma, que quien realiza un acto transformador de la estructura o la sustancia de una cosa ajena desconoce o ignora, por error excusable, el alcance objetivamente ilícito de su actuar y lo realiza con la creencia de su licitud.

En definitiva, como dice algún autor³, significa que quien edifica, planta o siembra en terreno ajeno o con materiales ajenos o el que emplea para su obra una materia ajena o el que mezcla con la propia una cosa ajena, ignora por error excusable que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, considera tener sobre ellas un derecho que le permite realizar aquellos actos.

De no mediar esa buena fe o ese “*conocimiento*”, la ley prevé diversas consecuencias, entre ellas la pérdida del derecho al pago del valor de la cosa accesorio en los casos de adjunción (art. 728 CC), o el de la “*hechura*” en los de especificación (art. 732 *ib.*), entre otros.

³ DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III. Las Relaciones Jurídico Reales. El Registro de Propiedad. La Posesión*. Editorial Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor. 2008. Págs. 285-287.

3.2.3. El postulado expresado bajo el brocardo ***accessorium sequitur principale*** parte de la existencia de una relación de principalidad y accesoriedad entre dos cosas, ocupando una de ellas una posición preeminente, y, la otra, una subordinada.

La regla en comento significa que, en un supuesto de inseparable unión de cosas, aquellas accesorias deben sacrificarse y seguir el régimen jurídico, la suerte y el destino de las principales.

En todo caso, se trata de un postulado inspirado en un hondo sentido humano fundado en las reglas de la experiencia y de la observación social, que busca - primordialmente- ponderar el valor y la función económico-social atribuible a las cosas.

En efecto, nuestro Código, en cuanto hace a esa relación de accesoriedad, la determina atendiendo en primer lugar a la cosa que tenga mayor valor venal, donde también habrá de tenerse en cuenta el “*valor de afección*” (art. 729)⁴.

Otro criterio es el previsto en el canon 730 *ibidem*, según el cual, es accesorio la cosa que se une a otra para su “*uso, ornato o complemento*”, norma fundada en un concepto un tanto económico e instrumental.

⁴ Vide: CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo VII.* Editorial Nascimento. Págs. 207-208; y CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Bienes. Derechos Reales.* Editorial ABC. Bogotá. 1984. Pág. 62.

A falta de los anteriores criterios, se sigue el del volumen –la más grande o voluminosa- (art. 731 *ib.*).

3.2.4. El tercero de los principios o postulados que inspira el sistema de la accesión es aquél encerrado en el aforismo del ***superficies solo cedit***, de origen romano y atribuido a Gaius⁵, tradicionalmente entendido⁶ como una singular aplicación de la regla *sequitur accesorium principale*.

En esta materia, el parámetro en comento significa que en la relación entre el suelo y lo ubicado sobre él (edificaciones, plantaciones, siembras, sementeras, etc.), el primero es siempre considerado como lo principal.

Ello es debido a la primacía absorbente que se atribuye desde Roma⁷ al derecho de propiedad, según la cual, se entiende que todos los trabajos hechos sobre el suelo se hacen partes integrantes del mismo, de modo que el propietario incorpora necesaria (y automáticamente) cualquier construcción levantada en la superficie del fundo a su patrimonio.

Se halla consagrado en los cánones 738 y 739 CC, cuando advierten: “*Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción*”

⁵ Cfr. KUMMEROV, Gert. *Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II)*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1965. Pág. 256.

⁶ Así: DÍEZ PICAZO, Luis. *Ob. cit.* Pág. 288.

⁷ Vide: KUMMEROV, Gert. *Ob. cit.* Págs. 256-257.

(...)” (art. 738); y “*El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera* (...)” (art. 739).

De esta manera, todo cuanto esté levantado sobre el suelo *-superficies-* seguirá su mismo régimen jurídico, formando con él un bloque o conjunto unitario.

3.2.5. La doctrina tradicional, nacional⁸ y extranjera⁹, y el fallo del cual me separo, ha pretendido explicar este último fenómeno a través de la alusión a un poder absorbente y expansivo del dominio del suelo, que engulle y devora, como el Leviatán bíblico, todo cuanto penetra en su órbita.

⁸ Cfr. ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los Bienes y su Dominio*. Editorial EFD. Bogotá. 1999. Págs. 197 y ss.; CARREJO, Simón. *Derecho Civil. Bienes-Derechos Reales*. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 1967. Págs. 142 y ss.; TERNERA BARRIOS, Francisco. *La Realidad de los Derechos Reales*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2007. Págs. 323 y ss.; VALENCIA ZEA, Arturo/ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales*. Editorial Temis. Bogotá. 2012. Págs. 377 y ss.; VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo III*. Imprenta Paris-América. Paris. Págs. 99 y ss.; BARRAGÁN, Alfonso. *Derechos Reales*. Editorial Temis. Bogotá. 1979. Págs. 407 y ss.; CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *Ob. cit.* Págs. 62 y 272 y ss.

⁹ En **doctrina chilena**: CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo VII*. Editorial Nascimento. Págs. 226 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo/SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Tomo II. De los Bienes*. Editorial Nascimento. 1957. Págs. 297 y ss.; en **doctrina francesa**: MOURLÓN, Frédéric. *Répétitions Écrites sur le Code Civil. Tomo I*. Garnier Frères, Libraires-Éditeurs. Paris. 1884. Págs. 746 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de Droit Civil. Tomo I*. Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris. 1912. Págs. 766 y ss.; PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges/PICARD, Maurice (con su concurso). *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tomo III*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris. 1926. Págs. 255 y ss.; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. 3. Les Biens*. Presses Universitaires de France. Paris. 1983. Págs. 306 y ss.; COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français. Tomo I*. Librería Dalloz. Paris. 1939. Pág. 873; en **doctrina argentina**: BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales. I*. Editorial Perrot. Buenos Aires. Págs. 291 y ss.; en **doctrina española**: DE CASSO Y ROMERO, Ignacio/CERVERA Y JIMÉNEZ ÁLFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado. Tomo I*. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1950. Pág. 70.

Fernando Vélez le adjudica a esta regla el calificativo de “*invariable*”; y Luis Claro Solar la explica en los siguientes términos:

“La accesión por edificación es una consecuencia natural del principio que extiende el derecho de propiedad del suelo a todo aquello que se une o incorpora a él; y por consiguiente, basta al hecho de la incorporación de los materiales para que, como cosas accesorias del suelo, pasen a pertenecer al propietario del suelo”¹⁰.

Lo propio hacen Colin y Capitant, quienes, refiriéndose a la accesión industrial inmobiliaria reglada en los artículos 553 y ss. del *Code francés* (en su redacción original), advierten:

“Hay accesión de este género cuando las plantaciones o construcciones son efectuadas sobre el suelo, o las construcciones nuevas se superponen a las construcciones anteriores. Dos reglas esenciales dominan esta materia.

La primera es aquella según la cual el suelo viene considerando como la cosa más importante y los materiales como lo accesorio. La propiedad de los materiales pertenece entonces al dueño del terreno, aún cuando el valor del suelo sea inferior al de la edificación. Superficies solo cedit, decían los antiguos romanos”¹¹¹².

La Corte ha seguido, en este punto y muy de cerca, el criterio mayoritario de los expositores patrios y extranjeros, y, también, la conceptualización romana. En fallo de 21 de junio de 1956 (M.P. Julio Pardo), sostuvo:

“El principio en que –la accesión– se funda, es el de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y la ley y la jurisprudencia, con sobra de razones, tienen dicho que lo

¹⁰ CLARO SOLAR, Luis. *Ob. cit.* Pág. 228.

¹¹ Trad. propia del francés.

¹² COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henri. *Ob. cit.* Pág. 873.

principal es siempre el suelo y que lo accesorio es la edificación o la plantación. No importa, en referencia ahora a una construcción, que el valor comercial del suelo sea inferior al del edificio que en él se construya, porque es la tierra lo que permanece siempre y lo que no se destruye o deteriora por el uso; en cambio el edificio está sometido a los riesgos de desaparecer por un siniestro, terremoto o incendio, por ejemplo, y siempre sufre deterioros por el uso y por el simple paso del tiempo. Tan cierto es que en el mundo de los negocios, cuando se presenta el fenómeno de la valorización en fincas, se entiende siempre que esa valorización se refiere a los terrenos y no a las construcciones, éstas, por el contrario se desvalorizan por muchos factores y aún pueden llegar a perder su valor comercial, mientras que el fenómeno no se presenta respecto de la tierra”.

Similar discernimiento siguió en otros numerosos pronunciamientos, en los cuales ha adoctrinado que lo edificado o plantado accede siempre al suelo, pues lo uno es lo principal y lo otro lo accesorio¹³.

Empero, ese “*poder absorbente*”, fundado en una interpretación estática del derecho, está en sintonía con una ideología y exégesis que debe ser reformulada, por cuanto responde a condiciones económicas vigentes en otro tiempo, donde se prefería la protección de los intereses dominantes de los terratenientes, y las construcciones o edificaciones se consideraban, *per se*, de menor importancia que el suelo, la tierra.

¹³ Cfr. CSJ SSC del 30 de oct. de 1909 (M.P. Felipe Silva); 28 de mayo de 1940 (M.P. Arturo Tapias Piloneta); del 24 de oct. de 1947 (M.P. Hernán Salamanca); 5 de sept. de 1952; 10 de oct. de 1955 (M.P. Agustín Gómez); 4 de agosto de 1958 (M.P. José Hernández Arbeláez); 17 de agosto de 1959 (M.P. Hernando Morales Molina); 12 de mayo de 1960 (M.P. José Hernández Arbeláez); 3 de mayo de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); 29 de agosto de 1969 (M.P. Enrique López de la Pava); 8 de agosto de 1972 (M.P. Germán Giraldo Zuluaga); 15 de dic. de 1973 (M.P. Ernesto Escallón); 28 de sept. de 1977 (M.P. Humberto Murcia Ballén); 14 de oct. de 1987 (M.P. José A. Bonivento); 31 de marzo de 1998 (M.P. Jorge Castillo); 28 de marzo de 2000 (M.P. José F. Ramírez); y 19 de agosto de 2015 (M.P. Álvaro F. García).

Por esa razón, ese criterio debe ser sustituido por el de la “*utilidad social*”, emanación del de la función social de la propiedad previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, que compele mantener o conservar aquellas obras que le sean útiles o le produzcan mayores beneficios a la sociedad y a la comunidad.

Desde este ángulo, la aplicación irrestricta y acrítica del principio del *superficies solo cedit* representa un anacronismo, que conduce a resultados equívocos y potencialmente lesivos de derechos subjetivos y valores constitucionales. Se trata, en todo caso, de una tesis que sólo una mentalidad conservadora y refractaria a los cambios es capaz de concebir y sostener.

La idea, seguida muy de cerca por la Sala mayoritaria, de que el suelo es siempre lo principal y lo construido sobre ella algo accesorio, no puede generalizarse en forma excluyente. El suelo no es más que un elemento ligado a otros bienes de capital dentro de un ciclo productivo, destinado a satisfacer la función social que la Carta le asigna.

Hoy es frecuente que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al del suelo sobre el cual se asienta, requiriendo inversiones cuantiosas mayores al valor de éste.

En estas hipótesis, la tierra no tiene que ser necesariamente lo principal. Desde el punto de vista

funcional puede ser lo accesorio como cimiento o apoyo de la edificación. En esos casos no es justo que la producción de riqueza y de utilidad social (generación de empleo y de recursos, etc.) dé lugar a un derecho del propietario para adquirir esa inversión y se haga dueño automáticamente de ella.

Al aplicarse la regla del *accessorium sequitur principale* fulge necesario replantear la tesis con fundamento en un análisis económico-jurídico del suelo, con la debida objetividad.

Cada caso concreto debe ser decidido teniendo presente la consideración y destino económico-social de lo incorporado, en comparación con los del suelo. Y fruto de ese contraste, podrá determinarse cuál cosa es la principal y cuál la accesorio, siguiendo las reglas consignadas en los preceptos 729 a 731 del propio Código Civil. En este ámbito, naturalmente, el juez goza de amplio margen de valoración y ponderación.

Sólo de este modo se reconoce la eficacia del trabajo; se salvaguarda la inversión socialmente útil; y se garantiza el derecho de propiedad en la configuración que de él trae el artículo 58 CN.

En línea con lo atrás expuesto se han expresado numerosos autores, entre ellos los españoles Luis Díez

Picazo¹⁴, Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano¹⁵ y Víctor Manuel Garrido de Palma¹⁶.

Este último, en un estudio donde sienta como conclusiones las siguientes:

“1º. No todas las relaciones jurídico-reales entre el suelo y el vuelo o el subsuelo están regidas por el principio de accesión que, en su vertiente inmobiliaria, se traduce en la regla “superficies solo cedit”. Por medio del derecho de superficie, el de sobrevuelo y la propiedad horizontal o de algunos de sus supuestos combinados, es factible la regulación por los interesados de la titularidad del vuelo y del subsuelo con independencia, absoluta o relativa según la institución que se aplique, de la del suelo. Ello en (sic) base a una u otra de las citadas modalidades de lo que se ha denominado principio de superficie, principio vigente, sin duda, aunque no expresamente formulado.

2º. El fundamento romano, puramente individualista, de la regla “superficies solo cedit”, carece actualmente de razón para subsistir. Tal principio ya no responde a una necesidad jurídica, hoy no pasa de ser una enunciación legal de principio, formulado con independencia de las reglas de la lógica.

3º. Consecuencia de ello es que la rigidez del principio no sea en la práctica tan intensa como a primera vista dan a entender los arts. 358 y ss. C.C. [en su esencia idénticos a nuestros 738 y 739 CC]: cabe evitar su aplicación por convenio entre los interesados o su no aplicación total y absoluta, si el acuerdo se canaliza por y a través de alguno de los medios que la ley admite y regula o “modalizando” convencionalmente los efectos de la accesión.

4º. Desde otro ángulo, si la propiedad tiene (si quiere subsistir) que cumplir una función social, todas las instituciones que giran y están montadas en su derredor, desenvolviéndola jurídicamente (la accesión incluida) han de llevar a la práctica y efectivizar dicha función social.

¹⁴ DÍEZ PICAZO, Luis. Ob. cit. Págs. 288-291.

¹⁵ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio. Comentarios al artículo 358 del Código Civil de España. En: DOMÍNGUEZ LLUELMO, Andrés (dir.). Comentarios al Código Civil. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2011. Págs. 487-488.

¹⁶ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. ¿Superficies solo cedit?. El principio de accesión y el principio de superficie. En: RDN. 1969. Págs. 89 y ss.

5º. El principio "superficies solo cedit" tiene por finalidad defender al "dominus soli" frente a invasiones o inmisiones materiales o físicas de personas extrañas.

El principio, en su función social, ha de consistir en posibilitar la permanencia de lo incorporado de modo inseparable al suelo ajeno, evitando su demolición y con ello permitiendo al satisfacción de necesidades humanas (vivienda individual, industria, producción agrícola y pecuaria (mediante la edificación o, mejor aún, "construcción" en general, asentada permanente y definitivamente sobre el suelo.

6º. Hoy la rigidez legal del principio es suavizada frecuentemente por los Tribunales en consonancia con lo expuesto, ponderando: la buena o mala fe de los implicados en el conflicto de intereses, el trabajo de buena fe en suelo ajeno y el destino económico-social del suelo y de lo incorporado. Con ello se posibilita, en vía de verdadera equidad, frente a la dura regulación de los arts. 358 y ss. la conservación de lo que se estima socialmente útil.

7ª. A pesar de lo dicho, parece necesaria una reforma legal que contemple los conflictos que en materia de accesión inmobiliaria se plantean, aplicando ante todo el principio "accessorium sequitur principale", y sin derivar del mismo, como algo fatalmente ineludible, la regla "superficies solo cedit". Al contrario, es necesario resolver cada supuesto problemático conforme a la relación principal-accesorio, decidiendo así qué cosa ha de ser la principal y cuál la accesoria (...).

8º. Y por lo que se refiere al principio de superficie: permite bien mantener separadas la titularidad del suelo y la del vuelo o la del subsuelo (derecho de superficie), bien la regulación económica jurídica de éstos con independencia relativa de la del suelo, de modo que permaneciendo el suelo como elemento común, el vuelo o el subsuelo puede ser objeto de edificación con posibilidad de separar vertical y horizontalmente porciones cúbicas de la misma (pisos) con titularidades independientes, ello mediante el derecho de sobrevuelo o por medio de la propiedad horizontal o de casas por pisos o de alguno de sus supuestos combinados. Posibilitando de este modo, frente a la rígida accesión en su versión codificada, que los interesados regulen pacíficamente la vida normal de la propiedad inmobiliaria en lo que respecta a la relación suelo-vuelo-subsuelo.

9º. Parece necesario, con todo, una más adecuada regulación de la citada materia, reglamentando claramente las apuntadas figuras inaplicadoras del principio "superficies solo cedit" y haciéndolo dentro del CC, al lado pero aparte de la materia propia del principio de accesión. Es necesario, por tanto, separar el aspecto conflictivo que la accesión regula del pacífico

propio del principio de superficie, posibilitador de la conexión suelo-vuelo”.

3.2.6. La tesis de la Sala mayoritaria lleva insita la idea de que la propiedad es una e indivisible; se funda, pues, en una filosofía de corte individualista que desconoce las múltiples interpretaciones que sobre ella existen, y de los distintos sistemas políticos y económicos que le dan fundamento y le llenan su contenido.

El criterio del Código Civil es eminentemente iusprivatista e individualista, al punto que ha permitido la concentración de la tierra y el florecimiento del latifundio.

Desde el punto de vista jurídico eso se ha reflejado, por ejemplo, en la imposibilidad de que el modelo evolucione, como sucede en las ciudades colombianas en cuyos barrios marginales (o cinturones de miseria) es común que un padre deje un único predio a sus hijos (a veces numerosos), para que éstos construyan y levanten edificaciones de varios niveles, casos en los cuales el Estado les niega la posibilidad de formalizar estas nuevas formas “*sociales*” de propiedad por el sólo hecho de que el “*sabio*” Código no las reglamenta ni regula.

La posibilidad de que las mejoras se puedan separar del suelo se ha obstaculizado y se sigue obstruyendo, a partir de lecturas exegéticas y textualistas de las normas sustantivas, que someten el derecho del mejorante al capricho del dueño de la tierra, supeditando la acción directa y autónoma que aquél tiene a la voluntad de éste.

Sin embargo, existen una serie de nuevas formas que permiten abrir paso al reclamo autónomo y directo del mejorario, destrabándolas de la concepción cerrada construida sobre el concepto de accesión:

i. Los procesos crecientes de urbanización derivados del incremento de la población y materializados, las más de las veces, en construcciones superpuestas de pisos pertenecientes a varios titulares y levantados a expensas de cada uno de ellos, plantean un problema creciente que amerita una relectura de las normas sobre propiedad del Código Civil.

ii. La propiedad horizontal desmiente que el suelo deba ser siempre y necesariamente lo principal. En las grandes ciudades, es común que las unidades habitacionales o comerciales ubicadas en los últimos pisos posean un valor económico considerablemente mayor a las situadas en las primeras plantas, y aún que el mismo suelo. Piénsese, verbigracia, en un *penthouse* dúplex con todas las comodidades de la vida moderna (piscina, helipuerto, zona de barbacoa, amplia biblioteca, etc.), que haga parte de un edificio situado en un barrio con poco atractivo comercial y, por tanto, de escasa valía real.

iii. La concepción clásica de la propiedad y de la accesión no puede explicar el fenómeno, común en la cotidianidad, de que en el subsuelo, del cual es titular el Estado, se construyan edificaciones de mayor o menor complejidad (parqueaderos; almacenes; búnkeres, por ej.).

iv. En el mundo contemporáneo, los bienes muebles o mercaderías frecuentemente ostentan un valor social y económico muchas veces superior al del suelo. Por eso, el contrato más importante en la actualidad es el de la compraventa internacional de mercaderías, que –inclusive– cuenta con una reglamentación especial (Convención de Viena de 1980), cosa que refuta la idea de que lo accesorio (el mueble o la mercancía) deba seguir siempre e invariablemente la suerte de lo principal.

3.2.7. Por todo lo anterior, la tesis que abriga la sentencia defiende criterios clásicos y feudales de la propiedad.

Echa también, por tierra, el principio de la equidad, instrumento auxiliar de interpretación judicial (art. 230 CN) que “(...) *permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la justicia del caso en concreto*”¹⁷, porque patrocina el menoscabo del patrimonio del mejorante en favor de aquel del dueño del suelo.

3.3. La acción principal y autónoma del mejorante para reclamar lo plantado en suelo ajeno. Interpretación del artículo 739 del Código Civil y su verdadera *ratio* y ámbito de aplicación

3.3.1. Dice *in extenso* el canon 739 del Código Civil:

¹⁷ CSJ SC del 27 de nov. de 2007 (M.P. Pedro O. Múnar).

“El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera”.

3.3.2. Orígenes históricos. El antecedente remoto del fenómeno reglado en esta norma se encuentra en las *Institutas* de Justiniano, particularmente en el *Párrafo XXX del Título 1º del Libro 2º*, a cuyo tenor:

“XXX. Si por el contrario edifica alguno con sus materiales una casa en terreno de otro, la casa pertenece al dueño del terreno; pero en este caso el dueño de los materiales pierde su propiedad, porque se entiende que los ha enajenado voluntariamente, ó a lo menos no ignorando que edificaba en terreno de otro, y por lo tanto no puede vindicar los materiales, aunque se destruya la casa. Es constante, que si el constructor se halla en posesión, puede desestimarse la pretensión del dueño del terreno que reclama la casa como suya, sin pagar el precio de los materiales ni el tanto del trabajo, por la escepcion de dolo; por supuesto, si el constructor lo ha sido de buena fê; porque al que supiese que el terreno era ajeno, se le puede culpar de haber edificado temerariamente en un terreno que sabía era de otro”¹⁸.

También aparece consignado en la magnífica obra de las *Siete Partidas* del Rey Alfonso X, *El Sabio* (Leyes 41 a 44, Tít. 28, Part. 3ª)¹⁹.

¹⁸ Cfr. ORTOLÁN, M. *Explicacion Histórica de la Instituta del Emperador Justiniano. Con testo, traducción y aclaraciones al fin de cada párrafo. Tomo II.* Ed. La Ilustración. Madrid. 1847. Págs. 70 y ss.

¹⁹ Vistas en: *Las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio. Cotejadas con varios Códices Antiguos por la Real Academia de la Historia, y Glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias. Tomo II. Segunda y Tercera Partida.* Ed. Lecointe y Laserre. Paris. 1843. Págs. 878-881.

3.3.3. Legislación comparada. El artículo 555 del *Code Civil* francés, en su redacción original de 1804, establecía:

“Cuando las plantaciones, construcciones u obras son hechas por un tercero y con sus propios materiales, el propietario del fundo tiene derecho a retenerlas, o de obligar al tercero a llevárselas.

Si el propietario del suelo demanda la supresión de las plantaciones y construcciones, ésta será a cargo de quien las hizo, sin derecho a indemnización ninguna; sin embargo, podrá ser condenado a daños e intereses, sin son del caso, por la lesión que pudo sufrir el propietario del suelo.

Si el propietario prefiere preservar las plantaciones y edificaciones, deberá reembolsar por el valor de los materiales y el precio del trabajo, sin tenerse en cuenta el aumento o disminución del valor que recibió el suelo. Sin embargo, si las construcciones o plantaciones fueron realizadas por un tercero evicto pero no condenado a la restitución de frutos, atendiendo a su buena fe, el propietario no podrá pedir la supresión de las plantaciones, construcciones u obras; pero tendrá la elección, o de reembolsar el valor de los materiales y de la mano de obra, o de reembolsar una suma igual al aumento del valor del terreno”²⁰.

El precepto 418 del *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*²¹ (ABGB) austriaco de 1812 establece:

“Si en caso contrario alguien [se refiere al pár. 417 ABGB] construyó en el terreno de otro con sus propios materiales, sin el conocimiento y consentimiento del propietario, el edificio le corresponderá al dueño del suelo. El constructor de buena fe puede demandar la compensación por las mejoras necesarias y útiles; el constructor de mala fe será tratado de la misma manera que un administrador sin mandato. Si el propietario del suelo sabía de la construcción, y no interpeló inmediatamente al

²⁰ Trad. propia desde el francés, como aparece en: *Code Civil des Français. Édition Original et Seule Officielle*. L’Imprimerie de la République. Paris. 1804. Págs. 137-138.

²¹ Visible en: CHEVALIER DE WINIWARTER, Joseph (trad.). *General Civil Code for all the German Hereditary Provinces of the Austrian Monarchy*. Ed. Rudolph Lechner. Vienna. 1866. Pág. 92. La traducción del inglés al castellano es de quien escribe.

*constructor de buena fe, sólo podrá demandar por el precio del suelo*²².

El Código Civil español de 1889²³ reza:

“El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho á hacer suya la obra, siembra ó plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, ó á obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente (art. 361).

El que edifica, planta ó siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado ó sembrado, sin derecho á indemnización (art. 362).

El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado ó sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra ó que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas á su estado primitivo á costa del que edificó, plantó o sembró (art. 363).

Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.

Se entiende por mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado á su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse” (art. 364).

El Codice Civile de 1942 italiano dispone:

“Obras hechas por un tercero con materiales propios. Cuando las plantaciones, construcciones u obras son hechas por un tercero con sus propios materiales, el propietario del fundo tiene derecho a retenerlas o de obligar a quien las hizo a llevárselas.

Si el propietario prefiere retenerlas, debe pagar, a su escogencia, el valor de los materiales y el precio de la mano de obra, derivadas del aumento de valor del reportado al fundo.

²² Trad. propia.

²³ Visto en: *Código Civil. Edición Oficial*. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid. 1889. Pág. 163.

Si el propietario del fundo demanda que sean eliminadas, deberán ser suprimidas a costa de quien las hizo, quien podrá ser condenado al resarcimiento de los daños.

El propietario no puede obligar al tercero a suprimir las plantaciones, construcciones u obras, cuando son hechas con su consentimiento y sin oposición o cuando son hechas por el tercero de buena fe.

La remoción no puede ser demandada transcurridos seis meses al día en el cual el propietario tiene noticia de la incorporación”²⁴ (art. 936).

Similares preceptos, con más o menos variantes, consagran todos los **códigos occidentales**, entre éstos el reciente de Argentina (art. 1962; antes cánones 2588 y ss. del Código derogado); el suizo (arts. 671 y ss.); el de Panamá (arts. 371 y ss.); Ecuador (art. 685); Costa Rica (arts. 508-509); Bolivia (art. 129); El Salvador (art. 650); Cuba (art. 180); Francia (art. 553); Guatemala (arts. 659 y ss.); el Federal de México (arts. 900 y ss.); el peruano de 1984 (arts. 941 y ss.); el paraguayo de 1985 (arts. 1983 y ss.); Uruguay (art. 751 CC) y Venezuela (arts. 557 y ss. CC).

En el **derecho nacional**, son antecedentes los preceptos 435 y subsiguientes del *Proyecto de Código Civil*²⁵ del representante panameño Justo Arosemena (1817-1896), presentado ante el Congreso de la República de la Nueva Granada en 1853²⁶; el 360 del Código Civil de 1862 del Estado Soberano de Bolívar²⁷; los cánones 380 a 382 del Código Civil del Magdalena de 1857; el 613 del Código del

²⁴ Trad. propia del italiano.

²⁵http://catalogoenlinea.bibliotecanacional.gov.co/client/es_ES/search/asset/75669/0

²⁶ Visible y consultable en la Biblioteca Nacional de Colombia.

²⁷ Publicado en la Gaceta Oficial del Estado Soberano de Bolívar de 1862.

Estado de Santander de 1858²⁸; el 755 del Código Civil del Estado Soberano de Antioquia de 1864²⁹. Y, naturalmente, el artículo 669 del Código Civil chileno de 1855³⁰.

3.3.4. La *ratio* del artículo 739 del Código Civil. Su interpretación

Si se reexamina el texto 739 CC dimanarían dos situaciones distintas, según el dueño del terreno haya o no tenido noticia de la edificación hecha por otra persona.

- **(i.a.)** En el primer caso, habiéndose levantado ésta sin su conocimiento, el propietario del fundo tiene derecho de hacer suyo el edificio, previo el pago de las indemnizaciones correspondientes, entre éstas las mejoras (arts. 962, en conj. con los 965, 966, 967 y 966, *ibídem*); o **(i.b.)** de obligar al edificante a pagarle el justo precio del terreno con sus respectivos intereses legales “*por el tiempo que lo haya tenido en su poder*”.

Es preciso advertir, acaecida esta situación, no implica la adquisición automática de propiedad del todo resultante de la edificación (plantación o siembra) y el terreno, sino que, en rigor, el dueño de la heredad obtiene sólo un derecho potestativo o de configuración jurídica.

²⁸ Cfr. *Código Civil del Estado de Santander*. Imprenta Zapata Hermanos. Bucaramanga. 1859. Pág. 31.

²⁹ Expedido por la Asamblea Legislativa de ese Estado en 1864.

³⁰ Cfr. *Código Civil de la República de Chile*. Imprenta Chilena. Santiago de Chile. 1858. Pág. 95.

Se trata de la facultad de decidir mediante un acto de voluntad el destino y la situación jurídica final del fundo, eligiendo entre hacer suyo el todo resultante previa cancelación de las indemnizaciones, u obligar al constructor (plantador o sembrador) a pagarle el precio de la tierra, con los réditos de rigor.

- (ii) En el segundo evento, cuando media su aquiescencia (a "*ciencia y paciencia del propietario*"), la ley sólo le concede la posibilidad, si quiere recuperar la heredad, de pagar el valor del "*edificio, plantación o sementera*", negándole el derecho de exigirle al constructor el pago del precio del lote.

Aquí, por supuesto, la accesión obra *ipso jure*, porque la facultad de opción no existe: el *dominus* del fundo no puede rechazar las reglas de ese modo de adquisición del dominio, haciéndose paralelamente deudor del pago del importe total de la obra.

La citada norma, que reproduce exactamente el artículo 669 del Código Civil de Chile y se halla también plasmada en los códigos del Uruguay (art. 751) y El Salvador (art. 650), es de una originalidad innegable, fruto del ingenio y creatividad de don Andrés Bello.

Bello toma distancia de la calificación de la buena o mala fe del constructor, decisiva en el grueso de los códigos de la época, para decir que ésta sólo tendrá incidencia en lo atañadero a las restituciones mutuas, y a la extensión del

derecho al abono de mejoras, todo según las reglas de la reivindicación, y únicamente en el evento de que el amo del suelo no haya tenido noticia de la construcción que se levantaba, y no hubiere consentido en ella; porque, de mediar ésta o aquélla, le será exigido, para recobrar el bien, pagar el importe íntegro de la edificación, plantación o sementera.

En el caso previsto en el segundo inciso, la ley parte de la base de que el dueño del terreno no ha perdido la posesión, porque el edificador sólo ejerce la tenencia, no estando entonces legitimado para impetrar la acción reivindicatoria contemplada en el canon 946 del Código Civil, sino la de mero recobro.

3.3.5. La acción directa del plantador o edificador

La tesis de la mayoría, que abrevia en una nutrida jurisprudencia³¹, y sustancialmente idéntica a la seguida por los juzgadores de instancia, es profundamente perturbadora, e inequívocamente lesiva del principio de tutela judicial efectiva y del acceso a la administración de justicia (arts. 2 C.G.P.; 229 C.N. y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), y, por lo tanto, conduce a un resultado abiertamente inconstitucional e inconvencional.

³¹ Cfr. CSJ SSC del 8 de agosto de 1972 (M.P. Germán Giraldo Zuluaga); 31 de marzo de 1998 (M.P. Jorge A. Castillo); y 19 de agosto de 2015 (M.P. Álvaro F. García Restrepo).

Atrás se dejó en claro la *ratio* del canon 739 del Código Civil, tan prolijamente citado y explicado por la Sala como fundamento para negar las pretensiones de Benita Vanegas Prieto, aquí recurrente, quien exigía el reconocimiento de las mejoras por ella implantadas en el predio que por virtud de una compraventa pasó a manos del demandado.

Es patente que dicho precepto no se ocupa de regular la cuestión, porque nada dice acerca de la acción (no de la excepción) que tiene el mejorante para reclamar autónomamente el valor de las edificaciones levantadas en suelo ajeno, mucho menos condiciona el reclamo de éstas a la preexistencia de una acción del propietario dirigida a recuperar la cosa.

La cortapisa introducida por vía pretoriana le coarta al titular de la edificación, plantación o sementera el derecho que, de serle reconocidas y cuantificadas, tendría a disponer de ellas de cualquier modo lícito. Es evidente el quebranto de los más caros valores y principios constitucionales del Estado Constitucional y Social de Derecho, los cuales no pueden ser desconocidos.

Debe precisarse, esta Corporación, en numerosísimas oportunidades, ha reconocido en cabeza del mejorante un genuino "*derecho personal*", que da lugar a una acción también de estirpe "*personal*", fundada, esencialmente, en reglas de equidad y en la prohibición de enriquecerse a

costa ajena³². Lo propio ha hecho la doctrina nacional³³ y extranjera³⁴.

Ese derecho, y la correlativa obligación de abonar el importe de las obras, plantaciones o siembras en cabeza del *dominus soli*, nace a la vida jurídica desde el instante mismo de levantamiento o realización de la mejora, es lo que sirve de sustento o sustrato al derecho de retención consagrado en el artículo 970 CC, aplicable a las distintas hipótesis de accesión industrial previstas en el precepto 739 *ib.*, esto último conforme a la jurisprudencia consolidada de la Corte³⁵.

Como todo derecho de esta naturaleza, pertenece a la categoría de los bienes incorpóreos. Hace parte del patrimonio individual, y va investido, para su efectividad, de la acción correspondiente. Es de la esencia del derecho personal -o derecho subjetivo privado- el venir acompañado de la facultad de ejercerlo, por acción conferida por el ordenamiento en abstracto -o derecho objetivo-.

Del instrumento y posibilidad de acudir ante las autoridades no puede ser esquilmo un sujeto de derecho

³² Véase: CSJ SC del 28 de mayo de 1931; 27 de oct. de 1938 (M.P. Liborio Escallón); 29 de mayo de 1939 (M.P. Ricardo Hinestrosa Daza); 30 de marzo de 1955 (M.P. Agustín Gómez); 8 de agosto de 1972 (M.P. Germán Giraldo Zuluaga); 31 de marzo de 1998 (M.P. Jorge A. Castillo); y 24 de nov. de 2006 (M.P. Edgardo Villamil Portilla); y 19 de agosto de 2015 (M.P. Álvaro F. García).

³³ Et. al: VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Librería Jurídica Comlibros. Medellín. 2008. Págs. 331 y ss.

³⁴ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Pág. 310.

³⁵ Ver: CSJ SC del 28 de oct. de 1938 (M.P. Liborio Escallón); 28 de agosto de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea); 3 de mayo de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); 18 de nov. de 1961 (M.P. José Hernández Arbeláez); y 31 de marzo de 1998 (M.P. Jorge A. Castillo). Entre otras.

en el Estado constitucional. Cualquier condicionamiento debe ser repugnado.

Por eso la acción, como ha afirmado la Corte, “*es el derecho en ejercicio*”³⁶, o “*el derecho de hacer efectivo otro derecho*”³⁷.

El derecho, como bien patrimonial, ingresa en el comercio en general y únicamente por excepción podrá obstaculizarse su tráfico.

Los únicos derechos intransmisibles que no pueden ser materia de cesión, son aquellos que tienen esa limitación por expresa disposición legal, generalmente ligados con derechos personalísimos, fundamentales o medidos por el factor *intuitu personae*.

No estando prohibido el traspaso de la acción y del derecho que nace a raíz de la realización de una mejora cualquiera, debe seguirse la regla general de su negociabilidad, embargabilidad (núm. 2 art. 593 C.G.P.) y transmisibilidad *mortis causa*, según las reglas de la sucesión testada o intestada.

Cuando se niega la acción directa y autónoma de reconocimiento y pago de mejoras, las garantías de la propiedad privada y de la libertad económica, en el Estado

³⁶ CSJ SC del 26 de sept. de 1941 (M.P. Liborio Escallón).

³⁷ CSJ SC del 28 de abril de 1981 (M.P. Alberto Ospina Botero).

Social y Democrático de Derecho (art. 1º de la Carta), son ignoradas sin soporte legal.

Se niega el mérito del cargo casacional y, por contera, a las súplicas de la demanda ilegítimamente, impidiendo la posibilidad que tiene el constructor de las mejoras de enajenarlas, cederlas, permutarlas, gravarlas, incluso donarlas, con el prurito de que el dueño del terreno no ha reclamado la restitución del mismo.

De modo que si el propietario nunca se interesa por hacer efectiva esa exigencia, quien edificó, plantó o sembró en suelo ajeno jamás podrá efectivizar su derecho de mejoras, dominio y señorío sobre la edificación, plantación o sementera. Esto es propio sólo del realismo mágico; pero no desde la realidad del intercambio de bienes y servicios.

El no reconocimiento pone en peligro las garantías de la plantadora, ante la imposibilidad de hacerlas efectivas por vía de la ejecución forzada. Ello obstruye el legítimo derecho legítimo a anticipar la constatación, extensión y valor de su crédito, frente a aspiraciones que terceros pudieran tener respecto del predio.

Ese derecho de la accionante, de raigambre iusfundamental, es inconsecuentemente infringido, al negársele las vías para hacerlo efectivo, con el único pretexto de que antes el dueño de la heredad debe reclamar la tenencia, si justamente ninguna disposición del ordenamiento lo impone.

Repugna al Estado Constitucional y Social las situaciones de indefinición de derechos, fuente inagotable de conflictos sociales.

Debe, en consecuencia, retomarse la doctrina prohijada en la CSJ SC del 17 de julio de 1959 (M.P. Hernando Morales Molina). En ella, refiriéndose a una demanda sustancialmente idéntica a la actual, dedujo:

“(...) conforme al artículo 739 del Código Civil, el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene en verdad el derecho real de dominio sobre el edificio o plantación o sementera, sino el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno y, por lo mismo, de lo edificado o plantado en él, hasta que el valor de éstos sea satisfecho.

Por esa razón [la Corte ha expresado]: “La acción que tiene para reclamar el valor de la construcción el que ha edificado en terreno ajeno, es personal y no real. Esta acción, como todas las que tienen por objeto obtener el pago de una cantidad de dinero, debe dirigirse contra la persona obligada al pago, que en este caso no es siempre el actual poseedor del suelo que se haya edificado, sino la persona que al tiempo de hacer la edificación era dueña y adquirió la edificación accesoria (XIX, 108)”.

*Por los motivos anteriores, se deduce que quien pretenda hacer uso de la acción civil prevista en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil debe pagar el valor del edificio, plantación o sementera, a quien hizo la mejora. **Por lo mismo, éste puede demandar al dueño del suelo para el consiguiente pago, siempre que demuestre los elementos de su pretensión que son: a) que levantó determinado edificio, en su caso; b) que dicho edificio fue construido en determinado terreno ajeno; c) que la edificación se hizo a ciencia y paciencia del dueño**”.* (Resaltos y negrillas para destacar).

3.4. La doctrina del enriquecimiento incausado. Raíces históricas, naturaleza y requisitos de procedencia

Esta fuente obligacional, igualmente permitía el reconocimiento del derecho demandado, y en forma autónoma. Paso a explicarlo.

3.4.1. En el *subéxamine* debió reconocerse la plena vigencia del principio jurídico que prohíbe a todo sujeto enriquecerse injustificadamente a expensas de otro, porque, sin duda, la situación denunciada por la recurrente, compelia inferir que el demandado está obteniendo un provecho sin causa ni justificación.

Para demostrar el desacierto de la doctrina seguida en esta ocasión por la Sala mayoritaria, estimo necesario explicar la doctrina del **enriquecimiento sin causa**: sus orígenes históricos, su recepción y ubicación en los derechos modernos y en el patrio, así como los principales rasgos que lo caracterizan.

Sobre esas bases, definiendo cómo el asunto debió resolverse con estribo en la aplicación de este instituto, en procura de la salvaguarda de las reglas de equidad y de corregir una situación anómala, que el juez ni el Derecho pueden patrocinar.

3.4.2. El enriquecimiento sin causa encuentra su origen remoto en el **Derecho Romano**³⁸, particularmente,

³⁸ Sobre esta etapa me baso, fundamentalmente, en: ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Ed. Clarendon. Oxford University Press. 1996. Págs. 834-886; HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune*. En: *Restitution Law Review*. Vol. 10. 2002. Págs. 92-99; WALLINGA, Tamo. "Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores". *Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro*.

en la exégesis, glosa y comentario de dos textos del jurisconsulto Pomponio, recogidos en el Digesto (D. 50, 17, 206; y D. 12, 6, 14), que establecen el principio estoico-moral³⁹ de que no es justo que alguien se enriquezca a costa de otro⁴⁰. El tenor de dichos pasajes⁴¹ es el siguiente:

“D. 12,6 (De condictione indebiti), 14 (Pomponius libro vicensimo primo ad Sabinum).

Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores.

[D. 12,6 (Sobre la condición de lo indebidamente pagado), 14 (Pomponio, A Sabino XXI).

Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro”.

Y,

“D. 50,17 (De diversis regulis iuris), 206 (Pomponius libro nono ex variis lectionibus).

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores.

[D. 50, 17 (Sobre las diversas reglas del derecho antiguo), 206 (Pomponio, Varias lecciones IX).

Principios y práctica del Derecho Romano de Enriquecimiento. En: DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xabier (dirs.). *Enriquecimiento Injustificado en la Encrucijada. Historia, Derecho Comparado y Propuestas de Modernización.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017; BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Enriquecimiento Injustificado y Codificación: Modelos y Decisiones Dogmáticas (Siglo XIX).* En: DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xabier (dirs.). *Enriquecimiento Injustificado en la Encrucijada. Historia, Derecho Comparado y Propuestas de Modernización.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. En **doctrina colombiana**, puede verse: PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Enriquecimiento sin Causa.* En: CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.). *Derecho de las Obligaciones.* Tomo I. Ed. Temis/Ed. Universidad de los Andes. Bogotá. 2009. Págs. 831 y ss.

³⁹ Referente al trasfondo histórico y filosófico del principio de Pomponio, véase: WOLLSCHLANGER, Christian. *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft.* En: *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Simposion für Franz Wieacker.* 1985. Págs. 41 y ss.

⁴⁰ Así: HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune.* En: *Restitution Law Review.* Vol. 10. 2002. Págs. 92-99.

⁴¹ Las traducciones son de Álvaro D'Ors. En: D'ORS, Álvaro. *El Digesto de Justiniano. I-III.* Ed. Ranzadi. Pamplona.

Es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro]".

Se trata de una *regula iuris*, no formulada como una norma, sino más bien como un principio y/o aspiración ideal⁴². La razón de ello es simple: la economía romana difícilmente hubiere florecido si todo enriquecimiento a expensa de otro estuviere prohibido; todos los hombres de negocios, después de todo, tienden a obtener ganancias a costa de sus competidores⁴³.

El enriquecimiento sin causa no fue, en ninguna de las etapas del desarrollo del Derecho Romano, una fuente de obligaciones. No había una acción general de enriquecimiento en los edictos de lo pretores⁴⁴ ni en la legislación en general⁴⁵. No quiere ello decir que la tesis de Pomponio estuviera privada de total operatividad, pues el propio Digesto previó, en diversos pasajes, casos puntuales en los cuales tenía algún efecto práctico.

El fragmento D. 12, 6, 14, atrás citado, está antecedido por este otro, el D. 12, 6, 13, 1, a cuya letra:

"D. 12,6 (de condictione indebiti), 13 (Paulus libro decimo ad Sabinum), 1.

⁴² HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune*. En: *Restitution Law Review*. Vol. 10. 2002. Págs. 92-99; en similar sentido: ZIMMERMANN, Reinhard. *Ob. cit.* Pág. 852.

⁴³ ZIMMERMANN, Reinhard. *Ob. cit.* Pág. 852.

⁴⁴ Así: WALLINGA, Tamo. *Ob. cit.*

⁴⁵ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio/CERVERA Y JIMENEZ ALFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado. Tomo I*. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1950. Pág. 1793; LÓPEZ MESA, Marcelo. *El Enriquecimiento sin Causa en el Derecho Actual. Las Posibilidades y los Límites de un Instituto Controversial*. En: AFDUDC. Vol. 13. 2009. Págs. 363-398.

Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit; (...)”.

[D. 12,6 (sobre la condición de lo indebidamente pagado), 13 (Paulo ad Sab. X), 1.

Tampoco se repite lo que un pupilo recibió en mutuo sin la autoridad del tutor, y le causó enriquecimiento, si, una vez llegado a la pubertad, lo paga; (...)].

En virtud de dicho texto, dice Hallebeek,

“(...) un pupilo obtiene un préstamo de dinero sin la auctoritas de su tutor. En ese momento, obviamente, es imposible reclamar el dinero ante el juez, porque ninguna obligación civil resulta de un contrato con impúberes. Sin embargo, cuando se hace mayor de edad, y devuelve el dinero de manera espontánea, él mismo no puede invertir a su favor este hecho con el argumento de que la devolución del dinero había sido en realidad un pago indebido. Entonces sigue la regla de Pomponio del texto D. 12,6,14, introducida por la conjunción causal nam: el motivo por el que el expupilo no puede reclamar el pago que ha hecho es que, de poder hacerlo, resultaría enriquecido a costa de la persona que le prestó el dinero. Es decir que la regla de Pomponio se utiliza como argumento para no concederle una acción al expupilo”⁴⁶.

Durante esta etapa merecen especial mención dos tipos de acciones que, por su similitud con las actuales de enriquecimiento sin causa, es preciso relieves: la *condictio indebiti* y la *actio de in rem verso*.

La ***condictio indebiti*** procedía cuando se pagaba por error una deuda, en realidad inexistente. Para su prosperidad, sostiene Wallinga, se debían cumplir ciertos requisitos, como en el caso de cualquier *condictio*. Uno, existencia de una *datio*, o transferencia de la propiedad entre las partes; y otro –posiblemente, el más importante–,

⁴⁶ HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune*. En: *Restitution Law Review*. Vol. 10. 2002. Pág. 94.

la presencia de un *negotium* entre ellas. En el caso del pago indebido, se trasladaba la propiedad de las monedas, y el pago en sí formaba el *negotium*. De esa forma se cumplían los requisitos exigidos. Sin embargo, existían casos de enriquecimiento en los cuales ni se transfería la propiedad, ni tenía lugar un *negotium*⁴⁷.

Un evento concreto es la construcción sobre terreno ajeno. Resulta dicente el siguiente texto del Digesto, relacionado con el problema jurídico planteado en la sentencia de la cual me separo:

“D. 12,6 (de condictione indebiti),33 (Julianus libro trigesimo nono digestorum)

Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, conditio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in área sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse”.

[D. 12,6 (sobre la condición de lo indebidamente pagado),33 (Juliano, Digesto XXXIX).

Si yo hubiera edificado en un solar de tu propiedad y estuviera en posesión de la casa, no tendrá lugar la condición, pues no se ha contraído ningún negocio entre nosotros: el que hubiera pagado una cantidad indebida hace ya algún negocio por el mismo hecho de pagar, pero cuando el propietario ocupa lo que otro ha puesto en su solar, no contrae negocio alguno.

⁴⁷ WALLINGA, Tamo. “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*”. *Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Principios y práctica del Derecho Romano de Enriquecimiento*. En: DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xabier (dirs.). *Enriquecimiento Injustificado en la Encrucijada. Historia, Derecho Comparado y Propuestas de Modernización*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.

Mas si el que había edificado en solar ajeno hubiera entregado él mismo la posesión al propietario, tampoco tendrá la condición pues no transmite ninguna propiedad al que recibe, sino que simplemente empieza a tener el propietario lo que es suyo. Consta por lo tanto que si una persona, creyéndose heredero, hubiese levantado una casa de viviendas en solar hereditario, no tendrá, para recuperar los gastos, más que la retención.]”.

Esta es una situación típica de enriquecimiento, porque

“(...) el propietario del terreno obtiene la propiedad del edificio construido por accessio (según la regla superficies solo cedit) y por ende resulta enriquecido (siempre que el edificio le sirva para algo). Pero fue el otro el que pagó por la construcción. Entonces es imposible utilizar la condictio, por un lado –como dice el texto– porque no hubo ningún negotium entre las partes; y además la propiedad no ha sido transferida, sino que la ha obtenido el propietario del terreno por accessio. Si el constructor mantiene la posesión del terreno él tiene un derecho de retención: puede utilizar una exceptio contra la reivindicación del propietario del terreno para obtener una indemnización por sus gastos. Pero no tiene ninguna acción; no puede reclamar una indemnización de forma individualizada”⁴⁸.

La otra acción era la de **in rem verso**, que, consistía, en suma, en el remedio dado contra el *paterfamilias* en razón del beneficio obtenido de un acto ejecutado por el hijo de familia o esclavo sin su orden y fuera de la administración de su peculio⁴⁹; y cuya fuente se halla en el siguiente pasaje de la misma obra:

“D. 15,3 (de in rem verso),1 (Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum)pr

Si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.

⁴⁸ WALLINGA, Tamo. *Ob. cit.*

⁴⁹ Cfr. DE CASSO Y ROMERO, Ignacio/CERVERA Y JIMENEZ ALFARO, Francisco. *Ob. cit.* Pág. 1794.

[D. 15,3 (sobre la acción de provecho obtenido),1 (Ulpiano, Ad Edictum 29)pr

Si las personas sometidas a potestad ajena no tienen nada como peculio, o lo tienen insuficiente, responden de sus deudas aquellos bajo cuya potestad están, siempre que hayan obtenido provecho de lo recibido por ellas, como si se considerara que se había contratado con ellos.]”.

Normalmente, el *paterfamilias* no era garante de un contrato celebrado por su esclavo o por su hijo; sin embargo, sí lo era cuando ha obtenido algún lucro o beneficio en virtud del negocio, pero tan sólo en esa medida. Resultaba responsable tan sólo hasta la cantidad de su enriquecimiento. Sería injusto si se beneficiara a costa de la otra parte:

“D. 15,3 (de in rem verso),10 (Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum),4

In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est: proinde si pars versa est, de parte erit actio.

[D. 15,3 (sobre la acción de provecho obtenido),1 (Ulpiano, Ad Edictum 29),4

Pero parece que se ha obtenido provecho en la medida en la que algo revirtió en su patrimonio; por lo tanto, si revirtió una parte, la acción será por esta parte.]”.

De lo atrás dicho se colige: ambas acciones, la *condictio indebiti* y la *actio de in rem verso*, tienen un campo de aplicación limitado. Ninguna de ellas puede considerarse como una acción general de enriquecimiento, pero están en sintonía con la *regula de Pomponio*.

Otros textos del *Corpus Iuris* prevén acciones similares, pero siempre circunscritas a situaciones

particulares y específicas. Tales son los casos de las *actio negotiorum gestorum contraria*⁵⁰; la *hereditatis petitio*⁵¹ y la *condictio iuventiana*⁵², entre varias más⁵³.

3.4.3. En la **Edad Media**⁵⁴, los juristas se preguntaron si la prohibición general de enriquecimiento contenida en las *regula* de Pomponio justificaba no tan sólo la denegación –tal y como lo hace en D. 12, 6, 13, 1 y D. 12, 6, 14– sino también el otorgamiento de una acción.

Al parecer, el interrogante halló respuesta afirmativa en una glosa pre-acursiana anónima al D. 12, 6, 14:

“Glossa Locupletiore ad D. 12, 6, 14.

Locupletiore, qua ratione etiam accio danda videtur.
[Glosa Locupletiore sobre D. 12,6,14.

Se enriquezca, por lo que parece que hay que dar una acción también]”.

Pero diferían las opiniones respecto de si se debía conceder una acción siempre (*generaliter*), o si era del caso otorgarla tan sólo en determinadas hipótesis (*casualiter*)⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. D. 3,5 (*de negotiis gestis*),5 (*Ulpianus libro decimo ad edictum*),5.

⁵¹ Cfr. D. 5,3 (*de hereditatis petitione*),20 (*Ulpianus libro quinto decimo ad edictum*),6c.

⁵² Cfr. D. 12,1 (*de rebus creditis si certum petetur et de condictione*),32 (*Celsus libro quinto digestorum*).

⁵³ Por ej. la *condictio ob causam datorum* (llamada también *condictio causa data, causa non secuta*); la *condictio ob turpem iniustam causam*; y la *condictio sine causa*. Ver: DE CASSO Y ROMERO, Ignacio/CERVERA Y JIMENEZ ALFARO, Francisco. *Ob. cit.* Págs. 1793-1794.

⁵⁴ Sobre este periodo: HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune*. En: *Restitution Law Review*. Vol. 10. 2002. Págs. 92-99; y SCHRAGE, Eltjo (ed.). *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution*. Berlin. 1995. Págs. 59-120; PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Ob. cit.* Pág. 836.

⁵⁵ WALLINGA, Tamo. *Ob. cit.*

En el **Derecho Histórico español medieval**, las *Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio reconocieron el principio de que nadie puede enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro (*Partida 7ª, Título XXXIII, Ley 13*⁵⁶); regla que, pese a su elevado y loable valor moral, careció de funcionalidad práctica⁵⁷.

3.4.4. Los **Glosadores** y los **Comentaristas** dieron una aplicación práctica a la *regula* de Pomponio, en procura de salvaguardar la equidad y la justicia. Procedieron, antes que a “*crear*” una acción genérica de enriquecimiento, a extender los mecanismos existentes del *Corpus Iuris*, dándoles un alcance más amplio⁵⁸.

3.4.5. A través de los siglos, en Europa el concepto del “*enriquecimiento sin causa o injustificado*” evolucionó a través de dos líneas claramente diferenciadas: una basada en el Derecho Romano y la otra cimentada en la **doctrina de la restitución**, ideada por la teología moral y refinada por la **Escolástica Tardía**, también llamada la Escuela de Salamanca, fundada en un principio ético, amplio pero vago⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio. Cotejadas con varios Códices Antiguos por la Real Academia de la Historia, y Glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias. Tomo IV. Sexta y Setena Partida.* Ed. Lecointe y Laserre. Paris. 1843. Pág. 752.

⁵⁷ Así: ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El Enriquecimiento Sin Causa.* Editorial Comares. Granada. 1999. Págs. 18-19.

⁵⁸ WALLINGA, Tamo. *Ob. cit.* También: HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune.* En: *Restitution Law Review.* Vol. 10. 2002. Págs. 95-96.

⁵⁹ Vide, in extenso: HALLEBEEK, Jan. *La Formación de la Idea de Enriquecimiento Injustificado como Concepto Jurídico de la Escuela de Salamanca.* En: DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xabier (dirs.). *Enriquecimiento Injustificado en la Encrucijada. Historia, Derecho Comparado y Propuestas de Modernización.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017; HALLEBEEK, Jan. *Unjust Enrichment as a Source*

Dicho con alguna simplicidad, la **doctrina de la restitución** implicó que cada violación del orden natural debía ser remediada. La teología moral enseñó la obligación de restablecer el equilibrio mediante la restitución; es decir, devolver para expiar la vulneración del derecho.

Santo Tomás de Aquino (1224/1225?-1274) fue el primero en hacer una distinción importante dentro del concepto de “restitución”. La dividió entre la restitución “*ratione rei*”, referida a la mera circunstancia de tener entre sus haberes una cosa que no le pertenece; y la restitución “*ratione acceptionis*”, basada en haber hecho algo (en el pasado). Como el enriquecimiento injusto abrevia en el movimiento o desplazamiento de capital sin justificación, debía ubicarse en la categoría “*ratione rei*”.

Pero ¿Qué sucedía en los eventos en los cuales la cosa se perdía en manos del obligado a restituirla, antes de que quien tuviera derecho a ella requiriera su devolución? Evidentemente, la reposición de ésta se imposibilitaba.

La **Escuela de Salamanca**, en el Siglo XVI, se propuso abordar el problema, discutiendo si en tales casos podía quedar algún vestigio de obligación. Concluyeron, en sus intensos debates, que aún cuando el objeto hubiere desaparecido, pero era reemplazado por otro (vbgr. dinero por su venta; u otra cosa, por su trueque), o hubiere generado rendimientos (frutos por ej.), entre otros eventos,

of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European Ius Commune. En: *Restitution Law Review*. Vol. 10. 2002. Págs. 92-99.

subsistía la obligación de responder, en cabeza del beneficiado, por el acrecimiento injustificado de su patrimonio, a expensas de otro.

El holandés **Hugo Grocio** (1583-1645), eminente expositor del Derecho Natural, siguiendo –en parte– las enseñanzas de la Escolástica Tardía, dio vigor a la división de las restituciones *ratione rei* y *ratione acceptionis*.

En su obra *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* dejó de lado el sistema romano –y romanista– de las obligaciones, para distinguir tres fuentes básicas: la propiedad, el acuerdo y el hecho ilícito.

Partiendo de esa división indicó, de un lado, que existía una restitución fundada en el “*derecho de cosas*”, cuando la propiedad todavía estaba en manos del obligado a devolverla (*ex dominio rebus extantibus*); y de otro, había una restitución basada en el “*derecho de las obligaciones*”, porque la propiedad “*desaparecía*” o se perdía (*ex dominio non rebus extantibus*).

Gracias a esa distinción de Grocio, el concepto de enriquecimiento injustificado adquirió por primera vez consagración en el hasta entonces cerrado olimpo de las fuentes de las obligaciones.

3.4.6. Cual acontece con buena parte de las instituciones jurídicas, el principio del enriquecimiento sin

causa es el producto de una evolución especialmente larga y lenta.

Los **codificadores franceses del Siglo XVIII** se alejaron de la lectura hecha por los glosadores y comentaristas de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, que había permitido el desarrollo de la categoría del «*hacerse más rico*» como fundamento de una acción que procedía en una serie de supuestos típicos (especialmente a través de las llamadas *condictiones*), salvo en lo atañedor a ciertas obligaciones de incapaces, que conservaron.

Ese distanciamiento significó la ausencia de regulación de numerosos supuestos que, para ese momento, habían tenido solución bajo las reglas del derecho romano y, más concretamente, del *ius commune* o derecho común francés antiguo, de marcada índole costumbrista y local, y de raíz romana.

Tal carencia, notada por los primeros comentaristas del *Code Civil*, llevó a la jurisprudencia y a la doctrina a esforzarse por superar los vacíos de la legislación, lo cual, a su vez, trajo dos consecuencias de importancia, evidenciadas por algún autor⁶⁰:

(i) Se reafirmó, en el derecho civil francés codificado, la ruptura con la tradición jurídica previa, que ligaba el enriquecimiento a ciertos supuestos típicos;

⁶⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Ob. cit.*

(ii) Se produjo una cierta discontinuidad dogmática entre las reglas expresas del *Code Civil* y el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en sede de enriquecimiento.

A partir de esos fenómenos se dio inicio a un capítulo en la historia del enriquecimiento, nuevo hasta entonces, que condujo a la construcción dogmática y jurisprudencial de una acción general, llamada de *in rem verso*.

El anotado mecanismo se ligó, primero, a la denominada *gestion d'affaires "anormal"*; luego, desde la aparición del *Handbuch des französischen privatrecht* de Karl Solomon Zacharie a la "teoría del patrimonio"; finalmente, y desde el *Cours de Droit Civil Français* de Aubry y Rau, a la noción de «causa», como sanción de la regla de equidad que impedía enriquecerse a costa de otro, cuando no mediare una justificación legítima⁶¹.

La tesis de esos autores –y otros más, coetáneos– fue asumida por la *Cour de Cassation* en el famoso *arrêt Boudier* de 1892, donde el alto tribunal confirmó que la *actio in rem verso* existe –en el derecho francés– independientemente de los textos que particularmente la consagran.

3.4.7. Con todo, la doctrina del enriquecimiento sin causa (enriquecimiento indebido, torticero, injusto, injustificado; *arricchimento senza causa*, *ingiusto* o

⁶¹ Sobre este punto: RANGEL RANGEL, Ulises. *Ob. cit.* Págs.12-14; también: BARRIENTOS GRANDON, Javier. *Ob. cit.*

ingiustificato; enrichissement injustifié, sans cause; Ungerechtfertigte Bereicherung; Unjust Enrichment), se ha sedimentando –como dice Fabrega Ponce- mediante decisiones judiciales, “(...) con elaboraciones doctrinales y alegaciones forenses en favor de personas con justas reclamaciones no protegidas explícitamente por el derecho positivo, hasta cristalizar en disposiciones legales”⁶².

Así sucede en numerosos ordenamientos, en los cuales la prohibición del enriquecimiento injustificado goza de amplio reconocimiento legislativo.

Tal es el caso de la mayoría de los **códigos civiles americanos**, entre ellos el de Méjico de 1928 (arts. 1882 y ss.); el brasilero de 2002 (arts. 884-886); el de Bolivia de 1975 (arts. 961-962); el panameño de 1916 (arts. 1643A-1643C); el de Paraguay de 1985 (arts. 1817 y ss.); el peruano de 1984 (arts. 1954-1955); el de Venezuela en 1982 (art. 1184); el argentino de 2015 (art. 1794); el de Cuba de 1987 (arts. 100 y ss.) y el guatemalteco de 1963 (arts. 1616 y ss.).

El mismo fenómeno se observa en el entorno **europeo**, donde países como Portugal (arts. 473 a 482 CC), Suiza (art. 62 *Code des Obligations*), Alemania (pár. 812 BGB), Italia (arts. 2041-2042 *Codice*) y recientemente Francia, con la reforma operada en 2016 (arts. 1303 y ss.

⁶² FABREGA PONCE, Jorge. *El Enriquecimiento sin Causa. Tomo I*. Ed. Plaza y Janes. Editores Colombia S.A. Bogotá. 1996. Pág. 23.

Code); y aún en **Asia**, en el Código Civil del Japón (arts. 703 y ss.), lo han consagrado normativamente.

En el **Proyecto de Reforma al Código Civil español**, liderado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se prevé la inclusión de un detallado articulado de 10 disposiciones, que regula aspectos tan diversos de la figura como su prueba (art. 5182-6), la definición de “*causa de la atribución*” (art. 5182-3), los pormenores de la obligación de restitución (art- 5182-7 a 5182-10), la solidaridad en caso de pluralidad de deudores (art. 5182-4) entre otras cuestiones varias⁶³.

3.4.8. A imagen y semejanza del Código Civil chileno, **nuestro Código** no alude al “*enriquecimiento sin causa*”, mucho menos lo prevé como fuente de obligaciones.

Ello no ha sido óbice para que, en el estricto campo de las relaciones jurídico-privadas, la jurisprudencia patria, una y otra vez, hubiere reconocido su elevado valor de principio y regla jurídica, capaz, por tanto, de aplicarse a eventos concretos y de irradiar todo el sistema normativo.

Se debe a la Sala de Negocios Generales la inclusión del concepto en el ordenamiento jurídico nacional. En el ámbito del Derecho Administrativo, sostuvo:

“Sobre este asunto es necesario asegurar que el Estado, aunque persona moral, responde de los daños inferidos a un particular en la ejecución de sus servicios, erced a la doctrina del

⁶³ Vide: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Propuesta de Código Civil*. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. Págs. 859-852.

enriquecimiento indebido, consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás. Este es un principio universal de tradición constante (...). En el derecho moderno se ha ampliado su radio, concediéndose ella en todos los casos en que en alguna forma la justicia sufra quebranto si no se reconoce el valor de cualquier provecho que sin justa causa obtenga el patrimonio de una persona mediante el esfuerzo de otra. La medida de dicha acción fue en su origen, y lo es hoy, el valor de utilidad y provecho que adquiera el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto ejecutado por el tercero”.

A ello agregó, en el mismo pronunciamiento:

“Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla general de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro; sin embargo, se la puede considerar, como lo ha aceptado la jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esta ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación civil. De aquí que la acción de in rem verso, que se encamina a impedir todo enriquecimiento injusto, si no consagrada en la ley, se produce como consecuencia de la doctrina que hoy se aplica por analogía a todos los casos en que el principio de justicia lo aconseja y las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial” [Sent. de 6 de sept. de 1935 (M.P. Eleuterio Serna)].

En la célebre CSJ SC del 19 de septiembre de 1936 (M.P. Ricardo Hinestrosa Daza), la primera proferida en el punto por la Sala de Casación Civil, se dedujo:

“La acción de in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen esa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede, v.gr. con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita (...). Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega “sin causa”, lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquéllos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos”.

Pocos meses más tarde ensanchó su doctrina, al puntualizar:

“El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro (...). Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber: 1º. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio; 2º. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento; 3º. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica; 4º. Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos (...)” [CSJ SC del 19 de noviembre de 1936 (M.P. Juan F. Mujica)].

En el sentido indicado se cuentan por lo menos 36 fallos⁶⁴, dictados en sede de casación, en los cuales la Corte, en el ámbito puramente civil, ha hecho referencia al instituto, demarcando sus perfiles básicos, y, en no pocas

⁶⁴ Cfr. CSJ SSC 19 de sept. de 1936 (M.P. Ricardo Hinestrosa); 19 de nov. de 1936 (Juan F. Mujica); 14 de abril de 1937 (M.P. Liborio Escallón); 6 de octubre de 1937 (M.P. Liborio Escallón); 29 de octubre de 1937 (M.P. Hernán Salamanca); 29 de abril de 1938 (M.P. Arturo Tapias Piloneta); 31 de agosto de 1938 (M.P. Hernán Salamanca); 6 de sept. de 1940 (M.P. Hernán Salamanca); 30 de julio de 1941 (M.P. Hernán Salamanca); 20 de septiembre de 1938 (M.P. Hernán Salamanca); 8 de abril de 1942 (M.P. Hernán Salamanca); 21 de nov. de 1944 (M.P. Hernán Salamanca); 28 de agosto de 1945 (M.P. Manuel J. Vargas); 7 de mayo de 1947 (M.P. Hernán Salamanca); 26 de feb. de 1953 (M.P. Manuel J. Vargas); 17 de agosto de 1954 (M.P. José Hernández Arbeláez); 31 de marzo de 1955 (M.P. Julio Pardo); 6 de junio de 1955 (M.P. Manuel Barrera Parra); 12 de dic. de 1955 (M.P. José Hernández Arbeláez); 26 de marzo de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea); 25 de junio de 1958 (M.P. Alfredo Cock); 27 de oct. de 1961 (M.P. Arturo Posada); 9 de junio de 1971; 8 de agosto de 1972 (M.P. Germán Giraldo); 4 de agosto de 1976 (M.P. Humberto Murcia); 13 de marzo de 1990 (M.P. Alberto Ospina); 15 de nov. de 1991 (M.P. Rafael Romero Sierra); 28 de agosto de 2001 (M.P. Jorge Santos); 7 de junio de 2002 (M.P. Silvio F. Trejos); 23 de abril de 2003 (M.P. Silvio F. Trejos); 16 de junio de 2006 (M.P. César J. Valencia); 2 de oct. de 2008 (M.P. César J. Valencia); 7 de octubre de 2009 (M.P. Edgardo Villamil); 18 de dic. de 2009 (M.P. Arturo Solarte) y 26 de junio de 2018 (M.P. Luis A. Tolosa).

ocasiones, dándole aplicación en casos específicos; es tendencia perceptible, también, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁵ y del Consejo de Estado⁶⁶.

3.4.9. Históricamente, la **doctrina nacional** ha sido sensible y favorable a su adopción en el ordenamiento patrio.

Se debe a **Francisco Tafur Morales**, en su trabajo de *La Nueva Jurisprudencia de la Corte*, que vería la luz en 1936⁶⁷, la primera mención del concepto del “enriquecimiento sin causa”.

A la obra de Tafur Morales siguieron numerosos textos jurídicos, de carácter general y referentes al Derecho de las Obligaciones, donde los autores, entre ellos **Arturo Valencia Zea** (en 1948⁶⁸), **Álvaro Pérez Vives** (en 1950-1951⁶⁹), **Fernando Hinestrosa Forero** (en 1969⁷⁰) y muchos más⁷¹, abordaron el fenómeno del enriquecimiento

⁶⁵ Cfr. Sentencia T-219 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes); Sentencia C-600 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); Sentencia T-276 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández); Sentencia C-796 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); Sentencia C-760 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimmy); Sentencia C-471 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁶⁶ Sentencias de 28 de enero de 1994 (C.P. Daniel Suarez); del 6 de junio de 1996 (C.P. Jesús María Carrillo); y del 6 de abril de 2000 (C.P. Ricardo Hoyos).

⁶⁷ TAFUR MORALES, Francisco. *La Nueva Jurisprudencia de la Corte*. Editorial Óptima. Bogotá. 1936. Págs. 188 y ss.

⁶⁸ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo. *Curso de Derecho Civil Colombiano. Tomo VI. De las Obligaciones*. Librería Siglo XX. Bogotá. 1948. Págs. 331 y ss. Más recientemente: VALENCIA ZEA, Arturo/ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones*. Ed. Temis. Bogotá. 2010. Págs. 445 y ss.

⁶⁹ PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1950-1951.

⁷⁰ HINESTROSA, Fernando. *Derecho Civil Obligaciones*. Ed. Universidad Externado de Colombia. 1969. Bogotá. Págs. 709-719

⁷¹ Vide: SALAMANCA, Hernán. *Derecho Civil. Curso IV. Contratos*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1970. Págs. 321 y ss.; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1973. Págs. 173-177; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*.

indebido, su naturaleza y sus notas características. En todos subyace la idea de que se trata de una auténtica “fuente de las obligaciones”, principio rector del orden jurídico y regla de inclusión y completitud del sistema.

Además de la extensa y prolija literatura general, relacionada anteriormente, el país vio la luz de numerosas monografías que racionalizan la cuestión.

Entre ellas se destaca la de **Ulises Rangel Rangel**, intitulada *El Enriquecimiento Injusto, la Doctrina y el Código Civil Colombiano*⁷², redactada bajo la ilustrada dirección de Luis Felipe Latorre Uribe, ponente de la Ley 28 de 1932 (sobre el régimen patrimonial del matrimonio), y sometida al riguroso escrutinio de Carlos J. Medellín, Hernán Salamanca y Carlos Rico, en 1950.

Ed. Temis. Bogotá. 2008. Págs. 33, 39, 42- 43 y 186; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Ed. Temis. Bogotá. 1978. Págs. 115-119; ARTEAGA, Jesús María/ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *Curso de Obligaciones*. Ed. Temis. Bogotá. 1979. Págs. 177 y ss.; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. *De las Obligaciones y del Contrato en General*. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1980. Págs. 131-133; GONZALEZ, Eudoro. *De las Obligaciones en el Derecho Civil Moderno*. Ed. Univ. de Antioquia. Medellín. 1981. Págs. 9-10; DÍAZ MORALES, Santos Nicolás. *Curso Didáctico de Obligaciones*. Ed. Temis. Bogotá. 1985. Págs. 213 y ss.; CARDOZO ISAZA, Jorge. *Apuntes sobre Obligaciones*. Librerías Jurídicas Wilches. Bogotá. 1986. Págs. 245-254; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo/OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Ed. Temis. Bogotá. 2015. Págs. 317, 517, 526; TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de Obligaciones*. Ed. Temis. Bogotá. 2004. Págs. 308 y ss.; ROCHA ALVIRA, Antonio. *Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira*. Revisado, Actualizado y Completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá. Págs. 157 y ss.; PRADA MÁRQUEZ, Yolima. *Enriquecimiento sin Causa*. En: CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (coord.). *Derecho de las Obligaciones. Tomo I*. Ed. Temis/Ed. Universidad de los Andes. Bogotá. 2009. Págs. 831 y ss.; CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. Ed. Ibáñez. Bogotá. Págs. 170 y ss.; RAMÍREZ BAQUERO, Édgar. *Obligaciones y Contratos. Ensayos*. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá. 2013. Págs. 347 y ss.

⁷² RANGEL RANGEL, Ulises. *El Enriquecimiento Injusto, la Doctrina y el Código Civil Colombiano*. Tesis de Grado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1950.

Siguieron los trabajos de **Ortega Pacheco** en 1968⁷³; el de **Bautista Quintero** en 1970⁷⁴; **Raimundo Emiliani Román** en 1996⁷⁵ y la recientísima obra de **Carlos A. Bohórquez**, publicada en 2018 bajo el sello editorial Ibáñez⁷⁶.

3.4.10. Según la jurisprudencia de la Sala y la doctrina de los comentaristas nacionales ha perfilado los rasgos básicos del principio del enriquecimiento injusto o sin causa y sus presupuestos son los siguientes:

1. **Enriquecimiento.** El obligado obtiene una ventaja patrimonial o intelectual, positiva o negativa;
2. **Empobrecimiento** de la otra parte;
3. **Correlatividad entre ambos**, esto es, que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido;
4. **Ausencia de causa o de fundamento jurídico** capaz de justificar el enriquecimiento;
5. **Inexistencia de una regla de derecho** que excuse el enriquecimiento.

Estos requisitos se desprenden de los precedentes de esta Corporación, particularmente de la lectura sistemática de las CSJ SSC del 19 de sept. y del 19 de nov. de 1936

⁷³ ORTEGA PACHECO, Marbel. *El Enriquecimiento sin Causa*. Tesis de Grado. Universidad Externado de Colombia. 1968. Bogotá.

⁷⁴ BAUTISTA QUINTERO, Pedro E. *Del Enriquecimiento sin Causa y sus Aplicaciones en el Derecho Colombiano*. Universidad Pontificia Javeriana. Bogotá. 1970.

⁷⁵ EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *El Enriquecimiento sin Causa como Fuente de las Obligaciones*. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 1996.

⁷⁶ BOHORQUEZ, Carlos A. *El Enriquecimiento sin Causa*. Ed. Ibáñez. Bogotá. 2018.

(ponentes: Ricardo Hinestrosa Daza y Juan F. Mújica, respectivamente); 14 de abril de 1937 (M.P. Liborio Escallón); 31 de agosto de 1938 (M.P. Hernán Salamanca); 12 de dic. de 1955 (M.P. José Hernández Arbeláez); 26 de marzo de 1958 (M.P. Arturo Valencia Zea); 9 de junio de 1971; 4 de agosto de 1976 (M.P. Humberto Murcia Ballén) y 13 de marzo de 1990 (M.P. Alberto Ospina); y las más recientes CSJ SSC del 28 de agosto de 2001 (M.P. Jorge Santos); 16 de junio de 2006 (M.P. César J. Valencia); 2 de octubre de 2008 (M.P. César J. Valencia) y 7 de octubre de 2009 (M.P. Edgardo Villamil).

Se ha destacado, de otro lado, que la figura encuentra apoyo en el principio, más amplio y genérico, de la **equidad** [Cfr. CSJ SSC del 14 de abril y del 6 de oct. de 1937 (M.P. Liborio Escallón, en ambas); 30 de julio de 1941 (M.P. Hernán Salamanca); 28 de agosto de 1945 (M.P. Manuel J. Vargas); 12 de diciembre de 1955 (M.P. José Hernández Arbeláez); 2 de oct. de 2008 (M.P. César J. Valencia) y 7 de oct. de 2009 (M.P. Edgardo Villamil)].

Asimismo, se le ha reconocido el carácter de **fuentes de las obligaciones**, pese a no hallarse consagrada expresamente en el Código Civil [Cfr. CSJ SSC del 6 de sept. de 1940 (M.P. Hernán Salamanca); 30 de jul. de 1941 (M.P. Hernán Salamanca); 12 de dic. de 1955 (M.P. José Hernández Arbeláez); 25 de junio de 1958 (M.P. Alfredo Cock); y 7 de oct. de 2009 (M.P. Edgardo Villamil)].

Finalmente, el enriquecimiento sin causa es una **acción esencialmente subsidiaria y residual**, aplicable en todos los casos en los cuales la ley no prevea un remedio diferente, capaz de conjurar la situación de injusticia producida [Cfr. CSJ SSC del 19 de sept. y del 19 de nov. de 1936 (ponentes: Ricardo Hinestrosa Daza y Juan F. Mújica, respectivamente); 14 de abril (M.P. Liborio Escallón) y 6 de oct. (M.P. Liborio Escallón) de 1937; 31 de agosto de 1938 (M.P. Hernán Salamanca); 26 de feb. de 1953 (M.P. Manuel J. Vargas); 12 de dic. de 1955 (M.P. Julio Pardo); 27 de oct. de 1961 (M.P. Arturo Posada); 9 de junio de 1971; 13 de marzo de 1990 (M.P. Alberto Ospina); 15 de nov. de 1991 (M.P. Rafael Romero); 28 de agosto de 2001 (M.P. Jorge Santos); 7 de junio de 2002 (M.P. Silvio F. Trejos); 23 de abril de 2003 (M.P. Silvio F. Trejos); 16 de junio de 2006 (M.P. César J. Valencia); 2 de oct. de 2008 (M.P. César J. Valencia); 7 de oct. de 2009 (M.P. Edgardo Villamil); y 26 de junio de 2018 (M.P. Luis A. Tolosa)].

La Sala también ha considerado que el sólo quebrantamiento de ese principio general **da pie al recurso de casación**, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia de juzgamiento, o en último término por la violación de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil [Cfr. CSJ SC del 12 de dic. de 1955 (M.P. José Hernández Arbeláez)].

Tal es la doctrina constante y probable de la Corte en torno al punto, cuyo acatamiento, a voces del artículo 7º del

Código General del Proceso, se impone con criterio obligatorio.

3.4.11. El asunto también pudo resolverse dando aplicación al principio general del enriquecimiento sin causa, sin consagración positiva en la ley civil pero sí en la común, con amplia y afianzada vigencia en nuestro sistema, reconocido en varias decenas de fallos de esta Corporación y abordado repetida y prolijamente por la pluma de importantes expositores nacionales.

Desde este ángulo, a más de la ruda lesión a los derechos singulares de la promotora, la sentencia de la que me aparto encierra el desconocimiento de la tradición jurídica patria.

El fallo censurado es ahistórico, por no decir contrahistórico; traiciona la trayectoria jurisprudencial de la Sala de Casación. Bello, siguiendo la tradición romana, jamás reconoció en su Código Civil ni en ninguno de sus *Proyectos* acciones genéricas tendientes a conjurar los enriquecimientos injustificados, torticeros e incausados, limitándose a establecer mecanismos capaces de solventar situaciones de injusticia en casos puntuales.

Pero la jurisprudencia nacional, fundada en la equidad y en elevados y elementales dictados de justicia material, bien pronto superó ese escollo, dándole al aludido principio un carácter amplio y de aplicación directa a los casos concretos, conforme a las prescripciones de la Ley

153 de 1887 y las tendencias modernas del Derecho Privado.

Si se escruta la noción de “*mejora*”, según el precedente, aquello que “*se ha obrado en algún edificio o heredad para ponerlo en mejor estado*” (CSJ SC del 17 de nov. de 1947), fácilmente se comprende que, en los casos en los cuales son plantadas en un predio ajeno, que recibe la agregación, se produce el incremento de un patrimonio en desmedro de otro.

La accesión, en cualquiera de sus modalidades (unión; especificación; adjunción; etc.), conduce a un desplazamiento patrimonial, porque alguien pierde la propiedad y otro adquiere el derecho. El perjudicado por ese desplazamiento tiene, pues, contra el favorecido una acción por enriquecimiento injustificado, y esa es, justamente, la causa jurídica que le sirve de base a su pretensión. Su objeto, cual lo advierte Wolff, es compensar la adquisición de un derecho que se ha producido en virtud de la ley, cuando el valor de la cosa no pertenece al que adquiere el derecho, sino al que lo pierde⁷⁷.

Es cierto, el vocablo “*causa*” es anfibológico y, en materia de enriquecimiento indebido, busca referirse al origen del vínculo, por tratarse de una fuente de obligaciones civiles. Pero también lo es que en el *subéxamine* ningún motivo existía con fuerza tal, para justificar ese desplazamiento, a través del cual, se insiste, el

⁷⁷ WOLFF, Martin. *Derecho de Cosas. Vol. I*. Editorial Bosch. Barcelona. Pág. 492.

patrimonio del convocado resultó incrementado en detrimento del de la petente.

De acuerdo con estas breves pero poderosas razones, nada impide la iniciativa del edificante para exigir su derecho a la indemnización, aun antes y con la más absoluta prescindencia de la facultad de opción del dueño de la heredad. Al propietario del fundo no le asiste la posibilidad de oponerse a la acción de éste, aduciendo que no se le respeta su derecho a la elección, pues bien puede ejercitarlo al ser interpelado, esto es, al contestar la demanda, mediante reconvención.

Tampoco puede decirse que el solo quebrantamiento de aquél principio general del derecho, cuya *ratio* se concreta en prohibir los lucros injustificados, no dé pie para la casación del fallo impugnado. No. La Corte ya se ha pronunciado afirmativamente en ese sentido, cual lo hice notar en las páginas precedentes.

Me adelanto a las críticas que se puedan formular en torno a la petición concreta elevada por la actora. El juez, reiterada y uniformemente lo ha relevado la Sala, posee la obligación legal, constitucional y convencional de interpretar el libelo de acuerdo a lo realmente querido por quien lo propone, ajustándolo a los mecanismos e instrumentos previstos en el ordenamiento.

Si el artículo 739 del CC no guardaba relación con el asunto ventilado, ni menos era apto para colocar a los

estrados en la posición de fallar en su fondo la cuestión, de dicha circunstancia surgía el deber ineludible de otorgarle a la demanda introductoria la connotación que realmente tenía, vale decir, entender que en ella se esgrimía una típica pretensión dirigida a conjurar el enriquecimiento torticero, visiblemente evidenciado en el *sublite*.

3.5. Addendum

Aunque de menor calado, estimo conveniente hacer notar la grave imprecisión en la cual se incurre en la página 8 de la determinación objeto de mi disenso, al pretenderse sentar como doctrina que en el caso previsto en el inciso 1º del artículo 739 CC la accesión opera *ipso jure*, de pleno derecho.

En la hipótesis contemplada en dicha norma, lo dejé sentado atrás y ahora lo reitero: surge en cabeza del dueño del fundo un derecho potestativo de configuración jurídica, el cual le permite optar por hacer suyo el todo resultante u obligar al constructor a pagarle el precio de la tierra.

Empero, esa prerrogativa no se entiende, ni siquiera desde el punto de vista lógico, si se sostiene, como lo sostuvo la Sala mayoritaria, que los efectos jurídicos dimanados de la accesión se producen automáticamente.

4. En los anteriores términos sustento mi anunciado salvamento.

Fecha *ut supra*,

A large, stylized handwritten signature in black ink, written over the printed name and title. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the top and a large loop on the left side.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado