



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**Magistrada Ponente**

**SC1905-2019**

**Radicación n° 11001-31-03-041-2011-00271-01**

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

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la demandante cesionaria sociedad **Bosac & Cía. S.A.S.**, respecto de la sentencia proferida por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013), complementada el 10 de octubre del mismo año, en el proceso ordinario instaurado por los cedentes **María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez** contra **Gabriel González Garzón**.

## **I. ANTECEDENTES**

1. María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García convocaron a juicio a Gabriel González Garzón, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

«1. Se declare que el señor Gabriel González Garzón en su condición de arrendador y propietario del inmueble denominado "Villa Cristina", ubicado en la carrera 98 A No. 155-96 (dirección anterior), hoy carrera 99 No. 155-96 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Bogotá, con matrícula inmobiliaria No 50N-231914 autorizó y/o consintió las construcciones que se detallan en los hechos 16 y 17 de esta demanda (mejoras útiles), realizadas por los señores MARÍA ELENA BRAVO GUEVARA y OSCAR DE JESÚS GÓMEZ GARCÍA, en su condición de arrendatarios de dicho bien».

«2. En consecuencia de lo anterior se ordene al demandado Gabriel González Garzón cancelar a los demandantes María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García la suma de Un Mil Seiscientos Setenta y Cinco Millones Ciento Cincuenta Mil pesos (\$1.675.750.000,00), suma que corresponde al valor de las construcciones y mejoras útiles realizadas por éstos al predio de aquél, conforme al avalúo que se aporta con esta demanda, o la que probatoriamente se establezca en el curso del proceso, conforme a lo dispuesto por el artículo 1994 del Código Civil...»

«3. Así mismo se ordene Gabriel González Garzón cancelar a los demandantes María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García la suma de once millones de pesos (\$11'000.000,00), o la suma que resultare probada dentro del proceso, que corresponde al valor del impuesto predial cancelado por [éstos], por no ser su obligación legal ya que son simples arrendatarios del inmueble...»

«4. Que se conceda a [los demandantes] el derecho de retención sobre el inmueble (...) hasta tanto el demandado (...) les cancele los valores a que se contraen las pretensiones 2 y 3 anteriores, tal como lo prevé el artículo 1995 de la misma Codificación».

Adicionalmente reclamó, en relación con las pretensiones dinerarias referidas en los numerales 2 y 3, que se ordene al demandado el pago «dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que acoja estas pretensiones y de no ser así, deberá indexarse al momento del pago efectivo junto con sus intereses legales establecidos por el artículo 1617 *ibidem*».

2. Como soporte fáctico de las pretensiones adujo los hechos que admiten el siguiente compendio:

2.1. Desde el año 1992 los demandantes son arrendatarios del inmueble antes reseñado, suscribiéndose el contrato inicial el primero (1°) de agosto de ese año, entre Gabriel González Garzón como arrendador y Oscar de Jesús Gómez García como arrendatario; el segundo, el dos (2) de febrero de 2004 entre los ya mencionados, en las condiciones dichas y, además, por la señora María Elena Bravo Guevara como arrendataria; el tercero, el primero (1°) de enero de 2008 entre todos los anteriores, que dijo *«es el que actualmente se encuentra vigente»*.

2.2. Refirió que, por un aviso publicado en el diario "El Tiempo" los demandantes, quienes se dedican a la docencia, se enteraron del ofrecimiento de un predio para establecimiento educativo, por lo que contactaron al propietario –hoy demandado- pero al ver el predio constataron que se trataba de *«un lote abandonado y sin ninguna construcción»*, por lo que preguntaron al propietario porque lo ofrecía como lo hacía y éste respondió *«aquí está el lote construyan el colegio, el predio es apropiado para ese tipo de uso»*.

2.3. Luego de conversaciones entre sí, los demandantes estuvieron de acuerdo con construir un colegio en el lote en mención, por lo que contactaron al señor Germán Arbeláez Duque para que visitara el predio, quien conceptuó que era apropiado para ese fin, llevando a cabo una nueva reunión con el propietario, en la que este verbalmente manifestó su autorización *«para construir sobre el lote las instalaciones que fueran necesarias para el funcionamiento del colegio, autorización plasmada posteriormente por*

**escrito autenticado el 4 de marzo de 1993»** (Negrillas originales); sin que mediara aun contrato el propietario les hizo entrega real y material del predio.

2.4. En el contrato suscrito el 1° de agosto de 1992, se acordó un canon de arrendamiento de \$1.200.000,00, y en su cláusula tercera se estableció que *«el inmueble se destinará única y exclusivamente para el funcionamiento de un plantel de educación de nombre "Liceo Méjico"»,* sin que se hiciera inventario inicial *«por cuanto no había nada que inventariar, pero sí se tomaron varias fotos (3) en las que aparece el estado en que se encontraba el bien y de las cuales se puede colegir, que desde un comienzo, todos los costos, estudios, levantamientos topográficos, licencias y en general todo lo que conllevara a la ejecución total de las construcciones del colegio, incluyendo materiales y mano de obra, fueron por cuenta de [los demandantes]».*

2.5. En agosto de 1992, se efectuó el cerramiento del lote para evitar invasiones, se habló con el señor Arbeláez para desarrollar la obra, se pusieron en la búsqueda de los recursos necesarios y en septiembre de ese año se presentó el proyecto que fue aprobado por los demandantes *«dándosele a conocer igualmente al propietario del predio señor Gabriel González Garzón quien lo aceptó inmediatamente por parecerle excelente»*, procediéndose a su desarrollo en la secuencia que se anota en los hechos diez y doce (10 y 12) de la demanda.

2.6. Era tan palmario el conocimiento y aceptación de las obras por parte del arrendador que para poder continuarlas, conforme lo acordado, dio autorización escrita al arrendatario, en documento debidamente firmado y autenticado.

2.7. En el año 1994 se inició el trámite de legalización de la construcción ante la curaduría urbana con autorización del arrendador, pero a costas de los arrendatarios; «el 22 de septiembre de 2004, bajo radicación 04-4-2079 y con base en la autorización dada por el demandado y propietario del inmueble el 27 de octubre de 2007, documento que es ratificado por este en carta autorización-poder al Colegio Anglo Escoses Campestre conferido al señor Germán Arbeláez Duque el 23 de agosto de 2005 y debidamente autenticado, el Colegio dio inicio al trámite de reconocimiento de la construcción, y/o edificación», el cual se surtió en la Curaduría Urbana número cuatro, quien dispuso su aprobación mediante resolución número 05-4-0936 (referencia 04-4-2079).

2.8. Anotó que en el reconocimiento y pago de las construcciones están comprendidas las siguientes obras representadas en metros cuadrados:

a	Oficinas administrativas	403.75 M2
b	Aulas y laboratorios	2625.75 M2
c	Restaurante y Cafetería	168.50 M2
d	Almacén y taller	86.00 M2
e	Área circulación y canchas	1173.00 M2
f	Vía interna	963.00 M2
g	Cancha Múltiple área libre	10.00 M2
h	Zonas verdes	2255.64 M2

2.9. Dio cuenta que en el año 2006 se inició la construcción de 10 aulas de clase, una enfermería, en un área de 705 metros cuadrados, procediendo a reseñar las obras que actualmente existen en el predio, especificándolas en el hecho 17 de la demanda; y anotó, que en el año 2008 se hicieron otras.

2.10. Que terminada la primera etapa de las obras, el propietario les manifestó que debido a la valorización del predio debían seguir cancelando el impuesto predial, sin que ello sea obligación de los arrendatarios, por lo que le deben ser reembolsados.

2.11. En noviembre de 2010 se contrató un peritaje con la firma Arquitectura Consultoría y Avaluación Ltda., quien determinó que **«el precio estimado de las construcciones aquí reclamadas y autorizadas por el arrendador es de \$1.645.150.000, el valor de las mejoras es de \$30.000.000 y el precio estimado del lote de terreno es de \$1.312.199.200 para un valor total de \$2.987.349.200,00»** (Negrillas originales).

2.12. Sostiene que de lo expuesto *«se colige meridianamente que el área física del Colegio Anglo Escoces se construyó sobre el lote del aquí demandado y arrendador del mismo, con su conocimiento y autorización, quien observó y aprobó los planos y la maqueta respectiva, al punto que una vez terminada le informa a [los demandantes] que debían seguir pagando en forma proporcional el impuesto predial del bien debido a la valorización que al lote le dio la construcción; sin embargo, pretende actualmente desconocer todas estas circunstancias a fin de obtener para sí las construcciones pagadas todas en totalidad por [los demandante] y además, adquirir un enriquecimiento sin justa causa»*.

2.13. En varias ocasiones el propietario les propuso a los demandantes *«que vendieran el predio y que del producto de la misma cada uno recibiría lo que le corresponde, aceptando entonces que la construcción es de propiedad de Oscar de Jesús Gómez y María Elena Bravo Guevara, pero nunca se ha concretado nada por cuanto el argumento de aquél es que el precio del lote es mayor al de la construcción»*.

3. El Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá, despacho al que le correspondió conocer de la demanda, la admitió por auto del once (11) de mayo de dos mil once (2011), ordenando el enteramiento del convocado (fl. 84).

4. Notificado en debida forma Gabriel González Garzón contestó la demanda. Al oponerse a las pretensiones formuló la excepción que denominó *«inexistencia de derechos para la causa invocada por mala fe y abuso de confianza»* (fls. 158-167 Cd 1).

5. Los señores María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez hicieron cesión de derechos en favor de la sociedad Bosac & Cía. S.A.S. (fl 121), la cual fue aceptada en decisión proferida en diligencia de 7 de marzo de 2012 (fl 216), en la que se ordenó que en adelante se tuviera a la cesionaria como demandante.

6. El veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), el juez de conocimiento definió la instancia con sentencia que desestimó la excepción propuesta, declaró que el demandado en su condición de propietario y arrendador *«autorizó y/o consintió las construcciones que se detallan en los hechos 16 y 17 de esta demanda (mejoras útiles), realizadas por los señores MARÍA ELENA BRAVO y OSCAR DE JESÚS GÓMEZ GARCÍA en su condición de arrendatarios de dicho bien»*. Consecuentemente le impuso la obligación de cancelar a los demandantes la suma de \$1.652.392.491,00 (fls. 453-477 Cd. principal B).

Decisión aclarada y adicionada con providencia de 29 de noviembre de 2012; lo primero, para precisar que la suma impuesta en la sentencia *«deberá ser indexada a la fecha de la ejecutoria de esta decisión -índice final- y teniendo como índice inicial el 28 de*

*septiembre de 2012, data en que se profirió sentencia»; y lo segundo, para condenar al demandado «al pago de intereses legales previstos en el artículo 1617 del Código Civil, pero solo a partir de la exigibilidad de la obligación, esto es, al día siguiente] del vencimiento del término concedido para el pago, en el evento en que la prestación no sea satisfecha en forma oportuna» (fls. 493-497).*

7. La Sala Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el recurso de alzada formulado por el demandado, mediante proveído de 12 de septiembre de 2013, en el cual revocó en todas sus partes la sentencia apelada y la decisión complementaria, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda (fls. 26-44 Cd Trib.); esta providencia fue igualmente complementada el 10 de octubre del mismo año, para disponer la cancelación de la inscripción de la demanda ordenada y negar la petición de adición que formuló el extremo demandado *«en lo que refiere a emitir pronunciamiento frente a la cancelación de las medidas de embargo y secuestro que se aduce se decretaron respecto del inmueble objeto de la litis»*.

8. Contra la sentencia de segundo grado el extremo vencido interpuso recurso de casación que, por ser debidamente concedido, una vez recibidas las diligencias en esta Corporación fue admitido a trámite.

### **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

1. El fallador *ad-quem*, desechó los reparos que planteó el apelante, referidos a una eventual falta de competencia, por el hecho de que la reclamación por las mejoras debía plantearse dentro del proceso de restitución que entre las mismas partes se



cursó, puesto que *«nada impide al mejorante pedir en proceso autónomo e independiente el pago de las mejoras si en el proceso de restitución no se trató el tema y la sentencia nada dispuso al respecto»*; lo propio hizo con los planteados frente a la cesión de derechos que se hiciera a favor de la sociedad Bosac & Cía. S.A.S., porque ésta fue aceptada en diligencia en la cual el extremo demandado no formuló reparo alguno; que *«el demandado cedido no puede oponerse porque es un tercero en relación con dicho acto jurídico»*, siendo consecencial la sucesión procesal del cedente al cesionario, siempre que medie aceptación del demandado, y en este caso el silencio de éste no refleja nada distinto a su asentimiento.

De cara al objeto del litigio apuntó, que los demandantes persiguen *«el pago unas mejoras útiles plantadas en el predio de propiedad del demandado y que ejecutaron en virtud de la relación contractual arrendaticia que los unió. Tales pretensiones las apoyan en el artículo 1994 del Código Civil»*, para lo cual el juzgador a quo *«abordó el estudio del caso exclusivamente en el ámbito de las hipótesis contempladas en los artículos 713 y 739 del Código Civil, que regulan la figura de la accesión»...«de donde estimó que quien realiza mejoras en bien inmueble ajeno obtiene un derecho de crédito, que puede hacer valer tanto en el proceso de restitución como fuera de él»*.

Se cuestionó el tribunal si ¿ese sustento normativo, por cuyo cauce se resolvió el litigio, en verdad atiende los lineamientos que trazaron en la demanda los demandantes y la manera como se desarrolló el debate? El cual respondió que no, porque *«la situación fáctica que planteó el libelo introductorio de la acción, no fue otra que el reclamo de una prestación por mejoras útiles ejecutadas por los demandantes en el predio del demandado, en desarrollo de un contrato de arrendamiento tan así que en la pretensión segunda se pidió condenar a éste a pagar el valor de las construcciones y mejoras útiles "...conforme a lo dispuesto en el artículo 1994 del Código Civil", y en la pretensión cuarta se*

*ejerció el derecho de retención que trata el artículo 1995 de la misma obra sustancial, normas que en el ámbito de esa particular forma de relación contractual, disciplinan el ejercicio de tales derechos. Además, los hechos de la demanda, que como ha pregonado la Corte Suprema de Justicia, constituyen la voz del derecho reclamado, evidencian que las suplicas imploradas se cimentaron en el marco del aludido negocio jurídico».*

Al amparo de precedente de esta Corporación, relacionado con la temática, señaló que estuvo desacertada la aplicación de las normas de la accesión para la resolución del caso, sin justificar el ad quo el por qué no aplicaba los lineamientos del artículo 1994 del Código Civil, sobre el cual los demandantes cimentaron sus pretensiones.

En esa dirección apuntó entonces, que *«el asunto debió escrutarse, analizarse y resolverse en el campo que le corresponde, es decir, por la senda fijada en la demanda, con base en el contrato de arrendamiento por cuya fuente se ejecutaron las mejoras y en virtud de las normas especiales que gobiernan esta clase de relación contractual»*; de suerte que, conforme lo prevé el artículo 1994 *«la obligación que surge a cargo del arrendador de reembolsar el costo de las mejoras útiles, depende exclusivamente de que las haya consentido pero con la expresa condición de abonarlas. Si no ocurre así, el arrendatario tiene ante sí la posibilidad de separar y llevarse los materiales, sin detrimento de la cosa arrendada, salvo que el arrendador esté dispuesto a pagarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados»*, ocupándose de la interpretación y alcance que la doctrina y jurisprudencia le han dado a este postulado.

En armonía con lo anotado, examinado el contenido de los distintos contratos de arrendamiento y lo expuesto por el convocado en su interrogatorio de parte, infirió que en el presente caso, si bien existen elementos demostrativos que acreditan que

ciertamente se realizaron unas mejoras útiles por parte de los arrendatarios, y que el arrendador demandado sí las autorizó, de los mismos no emerge que este se hubiera comprometido, expresamente, a abonar su costo, esto es, a pagarlas.

Concluyó así, que *«al no existir en el expediente medios de convicción demostrativos de que el demandado se obligó expresamente a pagar las mejoras plantadas en su predio tal como lo exige el artículo 1994 del Código Civil, carga que por supuesto tenían los demandantes, sus pretensiones no pueden prosperar».*

## **LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO**

Fincado en la causal primera de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente acusó la sentencia del *ad quem* *«de ser violatoria, por vía indirecta, de los artículos 966 y 1994 del Código Civil, por aplicación indebida, e inciso final del artículo 739 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal».*

Tales yerros descansan, en lo medular, en una indebida interpretación de las cláusulas de los distintos contratos de arrendamiento suscritos por las partes respecto del bien en el cual los demandantes realizaron las obras cuyo reconocimiento y pago ahora reclaman en los que, en su decir, nada se acordó en relación con las obras nuevas que realizarían los arrendatarios, así como de unas comunicaciones, en las cuales el arrendador demandado autorizó éstas; fustiga igualmente la apreciación que se hiciera del escrito genitor, por cuanto la demanda no describe ningún tipo de mejoras sino obras nuevas y que la cita del precepto 1994 del

Código Civil que hacen los actores apenas representa el cumplimiento de una formalidad, pues lo que determina el litigio es la causa *petendi*, además, que las pretensiones están perfiladas en dirección distinta a la estimada por el Tribunal y también en una omisión por no valorar el dictamen pericial allegado con la demanda.

La mentada acusación la desarrolla el recurrente en los argumentos que a continuación se reseñan.

Tras referirse a las pretensiones de la demanda, así como a algunos de los fundamentos fácticos que le sirvieron de soporte, y lo dicho por el tribunal en la sentencia impugnada, el primer cuestionamiento lo encamina frente a la afirmación allí contenida, referente a que *«[P]ersiguen los demandantes el pago de unas mejoras útiles plantadas en el predio de propiedad del demandado y que ejecutaron en virtud de la relación contractual arrendaticia que los unió. Tales pretensiones las apoyan en el artículo 1994 del Código Civil»*, al considerar que es el resultado de los errores de hecho en que incurrió el *ad quem*.

Haciendo remembranza de lo apuntado por el juzgador de segundo grado y del análisis que aquél hizo de las cláusulas contractuales, las comunicaciones de 4 de marzo de 1993, 27 de octubre de 2004 y 23 de agosto de 2005, y del interrogatorio de parte que rindió el demandado, indicó que *«lo cierto es que en tales cláusulas nada se dice respecto de la regulación contractual o legal que se le dispensaría a dichas construcciones ni referencia alguna que indicara que ellas debieran ser consideradas como mejoras útiles, para que recibieran el tratamiento previsto en el artículo 1994 del Código Civil»*.

Afirmó que *«[E]l yerro interpretativo del tribunal respecto de las aludidas cláusulas brota, pues, manifiesto, pues no obstante la clara*

*distinción que precedentemente había hecho entre las mejoras que existían al momento de celebrar el contrato de arrendamiento y las obras nuevas que los arrendatarios tuvieron luego que realizar necesariamente para que el predio cumpliera con la finalidad para el cual había sido arrendado, "(...) porque, evidentemente no existían (...)" resultó, sin embargo, a la postre identificando o asimilando éstas con aquellas, para imprimirle a las obras nuevas el tratamiento contractual previsto en la referidas cláusulas para las mejoras útiles, es decir, el tratamiento contemplado en el artículo 1994 del Código Civil, cuando lo cierto es que las unas, las mejoras útiles, y las otras, las obras nuevas, son absolutamente diferentes y por ello, para su indemnización o pago, disponen de un régimen legal notoriamente diferenciado».*

Prosigue exponiendo el contenido del artículo 996 y la jurisprudencia de esta Corte, respecto a las mejoras útiles, para anotar, que «*las obras o construcciones nuevas -levantadas con materiales propios en terreno ajeno, con o sin consentimiento del dueño- no responden al concepto de mejoras útiles sino a una modalidad de la accesión, entendida como uno de los modos de adquirir el dominio, conocida por la doctrina como "accesión industrial en bienes raíces"*».

En este punto acude nuevamente a lo dicho por esta Corte para afirmar, que «*así establecida la diferencia entre las obras nuevas y las mejoras útiles a las que se alude en el artículo 1994 del C. C., el sentenciador de segundo grado incurrió -indudablemente- en el yerro de facto que se denuncia cuando dedujo -desde luego de manera equivocada- que en las precitadas cláusulas las partes habían convenido la suerte de las obras nuevas construidas en el predio arrendado, con autorización del arrendador y con la específica finalidad de adaptar el predio para el uso para el cual fue arrendado, cuando en realidad sobre su compensación o pago nada se convino, pues en tales cláusulas los contratantes tan solo regularon el destino de las mejoras útiles, de conformidad con lo dispuesto sobre el particular en el artículo 1994 del Código Civil, texto que aparece expresamente citado en la cláusula sexta (6a) del contrato de arrendamiento suscrito el 1° de agosto de 1992 y, en líneas generales, reproducido en los dos contratos de arrendamiento suscritos posteriormente; a lo cual cabe agregar que no sería*

*comprensible deducir que en esas cláusulas las partes regularon el tema relacionado con las obras nuevas, si se tiene en cuenta que mientras la construcción de éstas fueron propiciadas por el arrendador y aceptadas por los arrendatarios, como presupuesto para que el predio cumpliera con la finalidad para el cual se arrendaba, luego se incluyeran en los contratos, mediante cláusulas que en general, las prohibiera, excepcionalmente las permitiera bajo autorización del arrendador, como si se tratara de mejoras útiles, cuando las construcciones empezaron simultánea y coetáneamente con el inicio de la relación arrendaticia, contando para ello -se repite- con el consentimiento del arrendador, quien -desde luego- tenía pleno conocimiento que el uso del predio no se podía llevar a cabo si no se contaba con la construcción de las obras nuevas que adecuaran el bien para el funcionamiento de un establecimiento educativo, situación que reconoció el ad quem cuando afirmó: "(...) Las demás construcciones descritas en la demanda, debieron realizarse porque evidentemente no existían".*

*Insistió, en que «[E]l yerro interpretativo por adición de la prueba respecto de las precitadas cláusulas es, entonces, palpable a primer golpe de vista, pues la regulación que allí hicieron las partes solamente se refiere -como en ellas aparece meridianamente claro- al tema de las mejoras útiles pero no al de las construcciones nuevas, pues los contratantes y, en particular, el arrendador, eran conscientes que el lote de terreno -para que cumpliera con el uso para el cual había sido ofrecido en arriendo- debía adecuarse con construcciones nuevas propias para el funcionamiento de un establecimiento educativo. Esas construcciones, entonces, quedaron por fuera de dicha regulación por no tratarse de mejoras útiles según lo previsto en el artículo 1994 del Código Civil, dentro de lo que fue el objeto del inicial contrato de arrendamiento ajustado por las partes. Y es que, en efecto, si de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil el arrendamiento es un contrato en el que una de las partes, el arrendador, se obliga a concederle a la otra "el goce" de una cosa, lo que debe ser entendido en el sentido que prevé el ordinal 2 del artículo 1982 ib., o sea, como la obligación de mantener la cosa arrendada "(...) en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada", se cae de su peso observar que ese goce —propio del arrendamiento— no podía darse en las condiciones en las que al inicio de la relación se hallaba el lote de terreno».*

Yerro que igualmente aduce frente a las comunicaciones de 4 de marzo de 1993, 27 de octubre de 2004 y 23 de agosto de 2005, «pues las autorizaciones que en ellas expidió el arrendador no se referían ni podían referirse a las mejoras útiles propias de un contrato de arrendamiento, sino a las obras nuevas que los arrendatarios debían construir para adecuar el terreno arrendado para la destinación originalmente prevista por las partes», de donde extrae que «[D]e no haber incurrido en el yerro de facto que se denuncia, por adición de la prueba, el ad quem habría concluido que las obras allí autorizadas por el arrendador representaban construcciones nuevas, realizadas por fuera o al margen del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes de este proceso, construidas con la venia del arrendador para que el inmueble prestara el uso para el cual éste lo había arrendado y que, por lo tanto, no se trataba de simples mejoras útiles, cuya compensación o pago hubieran regulado los .y contratantes por conducto de las cláusulas precedentemente transcritas».

Estima el recurrente que existe de error de hecho a consecuencia de la valoración que hiciera el tribunal de los contratos ajustados entre las partes para el arriendo del predio de propiedad del demandado, citando apartes de los mismos, para anotar, que «[D]e haberse detenido en el examen de los anteriores y claros apartes del clausulado contractual, el sentenciador de segundo grado habría tenido que deducir, por fuerza de las manifestaciones acabadas de reproducir y ante el hecho palmario de que ninguno de los precitados contratos contiene estipulaciones concernientes a las obras nuevas que luego fueran construidas por los arrendatarios, destinadas a adecuar el lote de terreno para los fines para los cuales había sido arrendado, según requerimientos del arrendador, que la regulación que las partes hicieron en cada uno de ellos no comprendía o involucraba a tales obras nuevas, sino a las mejoras útiles que aquellos (los arrendatarios) les hubieran podido introducir a lo siguiente: "(...) una casa de habitación compuesta de dos (2) piezas, una (1) cocina, un baño y un hall de 10.00 mts de largo, una bodega de aproximadamente 120 metros cuadrados, con pisos de cemento y techos en teja de eternit. La vivienda tiene pisos de madera. Cuenta con un tanque

*de almacenamiento de agua y los servicios de energía, acueducto, alcantarillado y teléfono, éste con dos (2) líneas (...), con sus respectivos aparatos, construcción levantada en la parte norte del inmueble (...)", que eran las escasas y limitadas construcciones que existían en el inmueble al comenzar el arrendamiento, según se da cuenta en los dos primeros contratos, es decir, en los suscritos el 1° de agosto de 1992 (Flios 5 a 6, cdno ppal) y 2 de febrero de 2004 (Flios 7 a 10), pues en el último, es decir, en el suscrito el 1° de enero de 2008, ni siquiera las mencionan».*

*Recalcó la existencia del equivoco diciendo, «que la suerte de las obras nuevas construidas en el predio arrendado, por autorización del arrendador y con la específica finalidad de adaptar el predio para el uso para el cual fue arrendado, había sido materia de regulación entre las partes en los términos de las aludidas cláusulas, cuando en realidad sobre su compensación o pago nada se convino, pues en ellas tan solo se reguló el tema de las mejoras útiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1994 del Código Civil, texto que aparece expresamente citado en la cláusula sexta (6a) del contrato de arrendamiento suscrito el 1° de agosto de 1992 y, en líneas generales, reproducido en los dos contratos de arrendamiento suscritos posteriormente; además es claro que las partes tan solo regularon en las mencionadas cláusulas el tema relacionado con las mejoras útiles, pues las obras nuevas -de las cuales no se da cuenta en parte alguna en los contratos de arrendamiento suscritos entre las partes- construidas al comienzo de la relación contractual para adecuar el predio arrendado con las instalaciones propias para el funcionamiento de un establecimiento educativo, contaron con la venia del arrendador, y dentro de la lógica más elemental no se entendería que luego fueran prohibidas y, además, que vinieran a quedar como susceptibles de apropiación por éste sin ninguna compensación o pago».*

El otro cuestionamiento recayó contra la interpretación que hiciera el tribunal de la demanda, el cual descansa en la manifestación sobre la incidencia de la citación del artículo 1994 del Código Civil, para ubicar el pleito en una reclamación de mejoras útiles *«cuando en realidad la demanda no describe ningún tipo de*



*mejoras, ni mucho menos útiles propias del señalado precepto, sino obras nuevas que, construidas en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que dan cuenta los hechos del libelo, superan ampliamente el concepto de mejoras útiles dentro de lo que por tales debe entenderse a la luz del ya citado artículo 1994 del Código Civil, en armonía con los artículos 1973 y 1982-2 ib., para ubicarse en el ámbito de construcciones nuevas levantadas por los demandantes, con sus propias expensas, en terreno ajeno, es decir, en predio de propiedad del demandado pero con su beneplácito, construidas con la expresa finalidad de adecuar el terreno para el uso para el cual éste lo había arrendado».*

*Adujo además, que «[L]a constante referencia del ad quem a la mera invocación que hicieron los demandantes del artículo 1994 del Código Civil, como precepto tutelar para su reclamo al pago de las obras nuevas, invocación acogida como presupuesto cardinal para resolver el asunto sub lite, según el resumen precedente, patentiza el yerro de facto que aquí se denuncia, por cuanto el tribunal estimó, por supuesto erradamente, que los fundamentos de derecho que invocaron los demandantes como reguladores de la situación de facto que exponen en su demanda constituyen el elemento que define o identifica -per se- la naturaleza jurídica de la acción que promovieron, cuando tal señalamiento apenas representa el cumplimiento de una formalidad de la demanda, de valor poco menos que transcendente en la apreciación de la misma, pues son los hechos narrados en la causa petendi y no las invocaciones de normas jurídicas los que fijan el marco de la controversia y, por lo tanto, los que determinan las normas legalmente aplicables por el juzgador a esa situación de facto, en virtud del antiguo, pero siempre vigente principio, "da mihi factum, dabo tibi ius"».*

*Acorde con tal argumento sostiene, que de no haber incurrido el tribunal en los yerros indicados habría deducido, de conformidad con los hechos expuestos, que la acción pretendía el reconocimiento y pago de unas obras nuevas y no de unas mejoras útiles plantadas por el arrendatario y autorizadas por el propietario para adecuar el predio para el funcionamiento de un*

colegio; desacierto que igualmente se da al haber pasado por alto el contenido de las pretensiones, que de no haberlas preterido *«se habría percatado que ellas no estaban encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de mejoras útiles, sino de las obras que en el terreno arrendado habían construido los demandantes -arrendatarios- con autorización del demandado arrendador, con ocasión pero no dentro del marco, como el Tribunal equivocadamente lo señala, del contrato de arrendamiento entre ellos celebrado, cuya regulación, se repite, quedó al margen de la convención que sobre mejoras útiles acordaron las partes en los documentos que recogieron los contratos sucesivamente celebrados por ellos sobre el lote de terreno de propiedad del arrendador».*

La otra imputación hace referencia a la omisión por parte del tribunal de la prueba pericial adjuntada con la demanda que de no haber preterido *«habría concluido que la controversia planteada en la demanda no pretendía el pago de mejoras, ni menos útiles, que apenas estaban valuadas en la suma de \$30'00.000,00, sino de las obras construidas en el predio -con autorización del demandado- para que los demandantes -arrendatarios- pudieran gozar del inmueble, según la destinación prevista por el arrendador, dueño del terreno, obras que, como ya dijo, superan ampliamente el mero concepto de mejoras útiles».*

## **CONSIDERACIONES**

1. Por la data de interposición del recurso extraordinario, las reglas llamadas a gobernar su resolución son las del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo previsto en los artículos 624 y 625 del Código General del Proceso, en virtud de los cuales los recursos *«se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron».*

2. Es conocido que la violación de la ley sustancial por vía indirecta siempre implica inconformidad con la labor

investigativa del *ad quem* en el campo probatorio y ocurre por una equivocada aplicación del derecho sustancial o su no aplicación, por deficiencias en el ámbito de la prueba, asociados con la presencia física de estas en el proceso, ya al suponerse, ora al omitirse; o con la fijación de su contenido intrínseco, claro está luego de verificar su existencia material, en el caso de haberse tergiversado, en las modalidades de adición, cercenamiento o alteración.

Existe error de hecho cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de los medios de convicción, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, por lo que quien lo formula tiene la severa tarea argumentativa de acreditar lo que aparece palmario o demostrado con contundencia, la protuberante inconsistencia entre lo que objetivamente se desprende de tales pruebas y las conclusiones de aquél, así como la trascendencia del dislate sobre lo resuelto, amen *«que no cualquier yerro de esa estirpe es suficiente para infirmar un fallo en sede de casación, sino que se requiere que sea manifiesto, porque si se edifica a partir de un complicado proceso dialéctico, así sea acertado, frente a unas conclusiones también razonables del sentenciador, dejaría de ser evidente, pues simplemente se trataría de una disputa de criterios, en cuyo caso prevalecería la del juzgador, puesto que la decisión ingresa al recurso extraordinario escoltada de la presunción de acierto»* (CSJ SC de 9 de agosto de 2010, Rad. 2004-00524-01).

Postura que tiene su razón de ser en el hecho de que *«el juzgador de instancia, con sujeción a los aspectos objetivos y jurídicos de los medios de prueba, tiene la clara atribución de estimarlos conforme a las reglas de la sana crítica y arribar a las conclusiones pertinentes que sustenten el correspondiente fallo. Por esta razón en principio, tales*

*conclusiones deberán mantenerse, a menos que el sentenciador hubiese incurrido en error evidente de hecho o en error de derecho trascendente, para quebrar el fallo atacado» (CSJ SC de 10 de dic. de 1999, exp. 5277, reiterada SC de 19 de sept. de 2006, exp. 1999-00633-01).*

Se estructuran, en cualquier hipótesis, cuando son manifiestos, evidentes, producto del simple y llano parangón entre lo visto o dejado de otear por el juzgador y la materialidad u objetividad de los medios de convicción. En adición, cuando son incidentes, trascendentes, vale decir, en la medida que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

De igual modo, las faltas deben referirse a cada prueba en particular, porque si para verificarlas se acude a la confrontación de medios, el problema sería de eficacia jurídica, pues ese contraste extrínseco, dirigido a mostrar incompatibilidades, concatenaciones, exclusiones y conclusiones, se entronca con su valoración en conjunto, esto es, con su legalidad; mas no, con el aspecto material u objetivo, marco propio del error de hecho.

3. El asunto sometido a la consideración de la jurisdicción refiere al reconocimiento y pago de unas obras que los demandantes edificaron en el predio dado en arrendamiento y de propiedad del demandado.

La discusión surge porque, el tribunal consideró que aquellas corresponden a mejoras útiles colocadas por el arrendatario en el inmueble arrendado, y ante la ausencia de prueba de que el arrendador se hubiera comprometido expresamente a abonarlas, de acuerdo con lo previsto en el

artículo 1994 del Código Civil, no había lugar a imponerle el pago de las mismas en favor de los arrendatarios; en tanto que el recurrente sostiene, que constituyen obras nuevas plantadas en predio ajeno, a ciencia y paciencia del propietario, por lo que éste estaba llamado a su pago, por haber sido reconocidas y aceptadas, bajo las reglas del artículo 739 inciso segundo ídem, referente a la accesión.

### 3.1. El negocio jurídico

Uno de los principios que inspiran nuestro Código Civil en materia negocial es el de la autonomía privada de la voluntad, en cuyo ejercicio los individuos pueden crear, modificar y extinguir una determinada relación con efectos jurídicos, a través de los denominados «*negocios jurídicos*», los cuales constituyen el instrumento que el derecho le otorga a las personas para la disposición de intereses, tendiente a producir un efecto jurídico con efecto vinculante.

3.1.1. Por la naturaleza y finalidad que tienen los negocios jurídicos en la disposición de los intereses privados estos han sido objeto de múltiples clasificaciones, entre las que están los patrimoniales, que refieren a relaciones que tienen por objeto o intereses aspectos económicos, pudiendo ser unipersonales o pluripersonales; en estos últimos, dos o más personas intervienen en su celebración, siendo manifestación inequívoca de esta categoría los contratos, reconocidos en el orden interno como fuente de obligaciones, de acuerdo con dispuesto en el artículo 1494 del Código Civil, según el cual « *[L]as obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...* ».

Otras clasificaciones que se han hecho de los negocios jurídicos son las de unilaterales, en cuanto genere obligaciones solo para una de las partes; bilaterales, cuando del mismo emergen prestaciones a cargo de ambas partes, también llamados sinalagmáticos; conmutativos, referidos a los acuerdos en los cuales desde el inicio del convenio quedan definidas las desventajas o beneficios de cada una de los intervinientes y los aleatorios, en los que estos quedan sujetos a la ocurrencia de determinadas circunstancias desconocidas o imprevisibles.

También han sido clasificados en típicos y atípicos para referir los primeros a aquellos que gozan de un régimen normativo específico, como la compraventa, el contrato de obra, el arrendamiento, entre otros; y los segundos que carecen de una ordenación institucional, pero que regulan acuerdos de voluntades válidos de carácter general.

3.1.2. Esa manifestación de la voluntad como presupuesto para la conformación de un negocio jurídico puede exteriorizarse de manera expresa o tácita, cuya eficacia y validez queda supeditada a la naturaleza del acto de que se trate; la expresa, o también llamada explícita o directa, tiene lugar cuando se hace conocer mediante lenguaje verbal, escrito o un signo inequívoco la intencionalidad del sujeto; la tácita cuando no se hace conocer directamente, sino que puede deducirse de la ejecución o inejecución de ciertos actos o comportamientos, teniendo presente que como dice Claro Solar *«por sí solo el silencio, comprendiendo en él también la inacción, puesto que un acto puede importar una expresión tácita de voluntad, no puede ser una forma del consentimiento. El que guarda silencio y permanece en la inacción no manifiesta voluntad*

*alguna, no dice que no; pero tampoco dice que sí. El silencio no manifiesta más que una sola inacción, la de callar y no tomar resolución alguna*<sup>1</sup>.

En nuestro país el legislador ha previsto eventos en los cuales habilita que la conducta de los individuos genere efectos jurídicos, como una manifestación de voluntad tácita, tal el caso de aceptación de la herencia por los actos de disposición que el heredero haga de la cosa que se le ha deferido (art. 1287 C.C.), la remisión de la deuda por la entrega voluntaria o destrucción que el acreedor haga del título que contiene la obligación (art. 1713); pero, igualmente contempla otros en los cuales exige, perentoriamente, que esa manifestación de voluntad se exteriorice de forma expresa, verbigracia en el otorgamiento del testamento (art. 1055), o el consentimiento del acreedor para imputar el pago a capital cuando se deban intereses (art. 1653 C.C.), o la facultad del arrendatario para subarrendar (art. 2004 C.C.).

3.1.3. Ha sido motivo de constante controversia lo referido a los elementos estructurales del negocio jurídico. La teoría tradicional, refiere tres tipos: (i.) los esenciales o necesarios, porque deben integrar dicho negocio que deben aparecer para que se considere válido y eficaz y su ausencia excluye la existencia del negocio, de suerte que operan como auténticos requisitos del acto; (ii.) naturales, que corresponden a condiciones, circunstancias, datos o características del negocio derivadas de las normas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario entre las partes, sin necesidad de cláusulas especiales, por lo que pueden constar o ser suprimidos por la

---

<sup>1</sup> Claro Solar Luis. *XI Derecho Civil*, Santiago, Editorial Nascimento, año 1941, pág. 106.

voluntad de estos, sin que se afecte el acto; (iii.) incidentales, porque sin ser esenciales o naturales sólo existen cuando las partes los determinan y agregan expresamente al convenio.

Dentro de los requisitos esenciales están los que se denominan esenciales comunes y esenciales especiales o específicos. Los comunes corresponden a exigencias que deben estar presente en todos los actos jurídicos, siendo ellos el consentimiento, objeto, causa y forma; los especiales son los propios y característicos del acto jurídico determinado que imperativamente deben concurrir para su eficacia y validez.

En lo que hace a los elementos naturales el propio legislador ratifica su incorporación, aun en ausencia de estipulación expresa, al señalar en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, que *«[E]n todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración»*.

3.1.4. Como quiera que tanto la celebración de un negocio jurídico como su propio contenido son fruto de la voluntad del hombre, no es ajeno a ello que surjan controversias referidas al contenido y alcance de las distintas manifestaciones acordadas, por lo que en tales eventos deberá indagarse por la intención o querer real, a partir de su interpretación, con el propósito de desentrañar la voluntad común.

En dicha labor de interpretación de los acuerdos negociales el intérprete deberá acudir a las reglas hermenéuticas que para ese propósito ha fijado el legislador, partiendo del principio esencial de la primacía de la voluntad real sobre la declarada, siempre que aquella se hubiera dado a conocer, conforme se



desprende del artículo 1618 del Código Civil, según el cual *«conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras»*; caso contrario, si el contenido de dichas manifestaciones resulta inequívoco se impondrá lo allí escrito, en aras de la seguridad jurídica, como bien lo ha indicado esta Sala de vieja data, al señalar que el intérprete *«debe fijar el alcance y sentido de las cláusulas; ajustándose a las reglas de la hermenéutica dadas en el Título 13 del Libro 49 del C. C., entre las cuales se hallan los antecedentes del contrato, teniendo como límite la declaración misma, y sin que o en algunos casos sea indispensable, para investigar la voluntad real de los pactantes, detenerse en el sentido literal de la expresión usada, sino que hay que ir más allá de ésta, en la averiguación del propósito realmente querido por ellos»* (CSJ SC de 16 de oct. de 1952).

En tiempos más recientes ratificó dicha postura en relación con ese laborío interpretativo al señalar, que:

*«cuando el querer de los extremos de la relación ligacional se ve concretado en un acuerdo jurídico, quedando escritos en cláusulas nítidas, concretas y sin asomo de vaguedad que den lugar a equívocos, tiene que presumirse que las condiciones así concebidas corresponden al genuino pensamiento de aquellos, y por lo mismo, se torna inútil e inoficioso un esfuerzo hermenéutico más allá del expresado fidedignamente en el texto del contrato»* (CSJ SC de 10 de abril de 2013, exp. 2006-00782-01).

### 3.2. El contrato de arrendamiento

3.2.1. Dentro de los distintos negocios jurídicos está el contrato de arrendamiento, en el cual *«dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por éste goce, obra o servicio un precio determinado»* (artículo 1973 C.C.).

Del referido enunciado emergen como elementos esenciales de este tipo negocial: (i.) la existencia de una cosa real, determinada o determinable y susceptible de darse, o un hecho que se debe ejecutar que puede ser la ejecución de una obra o la prestación de un servicio; (ii.) el precio que se obliga a pagar el arrendatario como contraprestación por el goce de la cosa arrendada, la obra a ejecutar o el servicio prestado.

En tanto que resultan de su naturaleza, al estar expresamente regulado, lo referido a la perturbación por el uso de la cosa arrendada, la responsabilidad del arrendatario, sus familiares y dependientes por el deterioro, así como las reparaciones locativas o lo concerniente al reembolso por reparaciones indispensables o mejoras, respecto de los cuales las partes pueden omitir pronunciamiento en el contrato, pero quedan sometidas a lo que al respecto dispuso el legislador, ora pueden consignarlo expresamente, ajustado a lo dispuesto en la ley, o incluso pactar en sentido contrario, sin que se afecte el acto.

De igual forma de aquel concepto brota la esencia bilateral y conmutativa del contrato de arrendamiento, pues allí queda clara la existencia de obligaciones recíprocas de los contratantes; estando las del arrendador previstas en los artículos 1982 y siguientes del Código Civil que la doctrina subsume diciendo, que *«el arrendador contrae una sola obligación, la de hacer gozar de la cosa al arrendatario, la de proporcionarle el goce tranquilo de la cosa durante el tiempo del contrato; a ello convergen todas las obligaciones que la ley impone*

al arrendador<sup>2</sup>; mientras que el arrendatario asume las de pagar el precio pactado, la de conservación y restitución.

### 3.3. Mejoras

3.3.1. Valga la pena de manera inicial acotar que desde el lenguaje natural o consuetudinario se conocen como “obra” aquella cosa hecha o producida por el hombre sea material o intelectual, como sería la construcción de un edificio o escribir un libro. Tratándose de obras materiales podemos encontrar obras nuevas o reformas, en donde estas últimas constituyen un cambio de aspecto o funcionalidad de una estructura, un cambio en su forma o tamaño, incluida tareas de preservación y mantenimiento.

Desde la arquitectura se dice que una reforma usualmente implica una reconstrucción total o parcial de una edificación, bien sea por la necesidad de reparaciones necesarias para mantener o mejorar la estabilidad, por motivos de ruina o abandono, o para adaptar lo existente a nuevas necesidades.

Tales conceptos no son ajenos a los contenidos en la legislación, habida cuenta que en razón de diversas situaciones jurídicas es dable su realización con consecuencias jurídicas, como es el caso de las que hace el poseedor o un tenedor, que pueden dar derecho o no a adquirir el dominio, como ocurre con la accesión, o el reconocimiento del derecho que puede tener el poseedor reivindicado, o el locatario en el arrendamiento a ser resarcido en el valor de las expensas necesarias invertidas en la

---

<sup>2</sup>Alessandri Rodríguez, Arturo: *De Los Contratos*, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1988, pág. 163.

conservación de la cosa o las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda.

Respecto de las mejoras nuestro ordenamiento, con raigambre romanista, ha acogido la definición tradicional, calificando las necesarias como aquellas sin las cuales el inmueble no podría ser conservado; útiles, las que no siendo indispensables para la conservación del inmueble, aumentan su valor y resultan provechosas para el propietario y locatario; y voluptuarias, referidas a las realizadas en beneficio exclusivo de quien las incorporó, como las de recreo o esparcimiento, de mero lujo o suntuarias; reconociendo los efectos de su realización en distintos escenarios, así como la existencia o no del derecho y condiciones necesarias para reclamarlas.

3.3.2. Las normas que regulan el contrato de arrendamiento contemplan el derecho del arrendatario para hacer mejoras y reclamar su reembolso al arrendador. Los artículos 1993 y 1994 del C.C. al respecto indican:

*«Artículo 1993 El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad.*

*ARTICULO 1994. El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados.*

De acuerdo con esto, queda claro que el arrendatario en principio – salvo pacto en contrario- puede realizar ciertas mejoras en el predio objeto de arrendamiento, dependiendo el derecho de reembolso a la clase de las mismas, pues siendo útiles podría optar por retirarlas, siempre que no se afecte el predio, o exigir su abono al arrendador, para lo cual éste tendría que haberlas autorizado y comprometido expresamente a abonarlas, amen que, en ausencia de dicha autorización, podrá el arrendador reclamar su retiro para que se restituya el inmueble al estado original, tal cual como lo recibió el inquilino, así como exigir el pago de los perjuicios que su ejecución le pudieron generar y/o eximirse de abonarlas.

3.3.3. En relación con el arrendamiento de inmuebles destinados a actividad comercial la legislación mercantil limita su regulación a las previsiones contenidas en los artículos 518 a 524; sin embargo, no regula lo relacionado con la inversión de mejoras, ni el reconocimiento de las mismas, cuando son realizadas por los arrendatarios para poder llevar a cabo, de manera acorde con su finalidad, las actividades económicas propias de su negocio, por lo que es de rigor, que al amparo de la remisión normativa que consagran los artículos 2° y 822 del Código de Comercio, se deban aplicar las disposiciones civiles, para definir la existencia o no del derecho al pago de las obras solicitado en la demanda.

En efecto, acorde con lo indicado en las referidas disposiciones, *«[E]n las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil»* (art. 2°) puntualizando además, que *«[L]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus*

*efectos, interpretación, modo viabilidad definitiva de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley» (art. 822).*

De manera que, no existiendo norma mercantil que se ocupe de la realización de obras – mejoras- y su pago en el contrato de arrendamiento de predio destinado a uso comercial, es de rigor acudir a las que al respecto consagra el estatuto de los ritos civiles, pues, incluso, están en discusión los efectos derivados del contrato de arrendamiento ajustado entre las partes.

### 3.4. La accesión

3.4.1. El artículo 713 del Código Civil define la accesión como *«el modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella»*, siendo relevante para el sub lite la relativa al evento en que se construye con materiales propios en suelo ajeno, pues en tal supuesto, a voces de lo previsto en el artículo 739 ídem,

*«[E]l 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».*

Respecto de esta forma de accesión, cuya característica esencial es la unión de una cosa a otra y su naturaleza jurídica, de acuerdo con nuestro ordenamiento civil es la de ser un modo originario de adquirir el dominio, prevista en el citado artículo 739, ha dicho la doctrina que *«como hecho de adquisición, la "accesión" se caracteriza porque, antes de ella, propiedad del suelo y propiedad de las cosas que a él vienen a unirse son de sujetos distintos, y después de la "accesión" constituyen un solo todo del propietario del suelo»*<sup>3</sup>.

Frente a las diferencias que pueden existir entre las mejoras y la accesión ha indicado la doctrina extranjera que:

*"Es preciso distinguir cuidadosamente las mejoras propiamente tales según el estricto sentido jurídico de la palabra y que son esas a que acaba de hacerse referencia, de las plantaciones y construcciones nuevas que una persona hace en suelo ajeno, porque la condición de estas últimas obras se determina por las reglas relativas a la accesión de bienes inmuebles; reglas que difieren bastante de las que quedan expuestas con relación a esta materia. Las mejoras se hacen en cosa preexistente a efecto de ampliarla, modificarla, repararla o condicionarla según la conveniencia o gusto del poseedor. Así, tratándose de un edificio, la apertura de una o más ventanas, componer el techo, agregar una o más piezas, son obras o trabajos que se conceptúan mejoras. Y con referencia a un predio rústico, lo son, asimismo, reponer las plantas que han perecido, arreglar las cercas que estuvieren en mal estado, desecar pantanos y aún ensanchar las plantaciones que allí había cuando el individuo entró en posesión de la finca. Más las plantaciones o edificaciones hechas en terreno ajeno donde no había obras de esa naturaleza, o si existían estaban por completo separadas de las nuevas, son mejoras, en la acepción común de la palabra, mas no en el sentido legal, y se rigen por la accesión inmobiliaria*<sup>4</sup>.

Es claro entonces que el artículo 739 del Código Civil, como modo originario de adquirir el dominio consagra unos particulares supuestos que permiten adquirir la propiedad de

<sup>3</sup> Barrero Domenico, *Sistema del Derecho Privado tomo II, Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires 1967, pág. 284.*

<sup>4</sup> Brenes Córdoba Alberto, *Tratado de los Bienes, 1981, Editorial Juricentro, pág. 73 y 74.*

una cosa o que, en algunos eventos, se configure el derecho a ser indemnizado por lo que a ella se adhiere, partiendo del postulado de que lo accesorio corre la suerte de lo principal, por lo que confiere al propietario del terreno la facultad de conservar la propiedad del predio, haciéndose dueño de las mejoras, previa indemnización al poseedor por el valor de las mismas, ora de despojarse de ese dominio obligando al que construyó a pagarle el justo valor del lote, con los intereses por todo el tiempo en que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta e indemnizarle los perjuicios, como también, en el evento de que las hubiera autorizado a recuperar el lote previo pago de la indemnización al mejorante por el valor de estas.

Frente a este modo adquisitivo de dominio esta Corte ha indicado que:

*«por el hecho de la accesión el dueño del terreno pasa a serlo de la edificación que en él se levante, con su consentimiento. No necesita adquirir por compra o transferencia del constructor ese dominio, porque ya lo tiene medianía el modo de la accesión, y nadie puede adquirir lo que ya es suyo.*

*Quiere esto decir que el artículo 739 en su inciso 2° le da al constructor el derecho a conservar la posesión del edificio y la tenencia del terreno donde fue construido, mientras el dueño de éste no le pague el valor de aquél. Así, cuando el dueño del terreno paga el valor de la obra no adquiere el dominio sobre el edificio, pues él le corresponde en virtud de la accesión; con el pago simplemente recobra la tenencia del terreno y adquiere la posesión del edificio. La razón es muy clara. El hecho de que la construcción se haya levantado con el consentimiento del dueño del suelo implica que el constructor reconoce ese dominio; por ello no puede ser poseedor del terreno. En tanto, sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento el constructor sí tiene verdadera posesión» (CSJ SC 134 de 5 de sept. de 1952).*



En punto del derecho del constructor de las mejoras plantadas en suelo ajeno esta Corporación ha dicho, que:

*«En el caso de mejoras puestas en predio ajeno, o que no es íntegramente propio del autor de las mismas, no puede decirse que esas mejoras constituyen una propiedad suya superpuesta al condominio de la finca, en una a manera de coexistencia de dos señoríos diferentes, porque ello no lo permitiría el régimen legal de las mejoras en punto de propiedad privada, régimen que es de orden público y el cual –dejando aparte las incidencias de la propiedad horizontal, con las que nada tiene que ver la especie de esta Litis-, está gobernado por el principio tradicional de lo que se incorpora al suelo accede al dominio del mismo, sin perjuicio de las indemnizaciones previstas en la ley para evitar el injusto enriquecimiento» (CSJ SC de 17 de jul. de 1959, citada en sentencia de 14 de sept. de 1966).*

3.4.2. Cuando se unen dos o más cosas de diferente dueño, en forma que una vez unidas, constituyen un todo indivisible, (accesión continua), el dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesoria, hay aumento de la propiedad por efecto de una adquisición nueva y si ese aumento ocurre por un hecho humano, la industria de los hombres, se hace indispensable que exista carencia absoluta de un título contractual, porque de existir, lo realizado se regirá por las específicas reglas de ese convenio.

3.4.3. Es lo cierto que hay eventos en que las obras elaboradas constituyen un incremento, modificación o reparación de las ya existentes, ora que las mismas impliquen incorporación de bienes no existentes, como edificaciones, sembradíos o plantaciones nuevas, pero ello no apareja que pueda predicarse, con carácter absoluto, la configuración de la accesión, amen que no desdibuja el carácter de mejoras la cuantía de la inversión que implicó su realización, sino la condición fáctica en que las mismas se ejecutan.

Esto, porque en la accesión es posible que exista pleno reconocimiento del titular del derecho de propiedad del suelo respecto de las dos cosas que se acceden, pretendiendo siempre, o, hacerse dueño de la que se junta, sin que medie un convenio entre las partes, o la entrega voluntaria del suelo en donde se ejecutaron las obras por el propietario, quien puede conocer o no de la edificación o plantación; mientras que en las mejoras, originadas en virtud de una relación negocial distinta, no necesariamente va implícita esa finalidad, amen que pueden darse incluso con ocasión de una mera relación de tenencia y no con el ánimo de adquirir o juntar el dominio del predio en que se ejecutan con las mejoras mismas, más allá de la eventual obligación de reembolso que se pueda reconocer al mejorante.

4. En el caso sub examine el combate, planteado a través de la alegación de errores de hecho, confuta, en lo medular, la definición que del pleito hizo el tribunal *ad quem*, a partir de las reglas del contrato de arrendamiento, que lo llevaron a negar las pretensiones económicas derivadas de la realización de unas obras en el predio arrendado con el consentimiento del arrendador, insistiendo el recurrente, en que debió hacerse con soporte en el artículo 739 del Código Civil, que regula la accesión y, por tanto, estaba llamado el propietario a pagar su valor, en la cuantía estimada en la prueba pericial allegada al juicio.

4.1. Bien temprano se advierte el fracaso de la acusación planteada, como quiera que de acuerdo con el marco conceptual expuesto en precedencia no se avizora el yerro interpretativo y de valoración que se le imputa al juzgador por las razones que adelante se exponen:

4.1.1. El primer error que se imputa al tribunal recae sobre la interpretación que este hiciera del clausulado del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, que quedó instrumentado en tres convenios, de suerte que resulta pertinente memorar que esta Corte, en relación con el error de hecho derivado de la indebida interpretación contractual, ha manifestado que:

*«Adviértase, según de antiguo postula la Sala, la “discreta autonomía” (CXLVII, 52), de los jueces para interpretar el negocio jurídico, labor confiada a su “...cordura, perspicacia y pericia” (CVIII, 289), su prudente, razonado y fundado juicio, dotado de la presunción de acierto y susceptible de infirmar sólo cuando haya incurrido en un yerro fáctico “tan claro a la luz de las reglas legales y de los datos del expediente que no deje lugar a duda alguna” (XX, 295), evidente, incidente en la decisión, invocado y demostrado por el censor (CXLII, 218; CCXL, 491, CCXV, 567), “que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia”, como cuando “supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradicen la evidencia que ellas demuestran” (cas. junio 15/1972, CXLII, 218 y 219), “...desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna estipulación terminante o la sustituye por otra de su invención” (XXV, 429), en forma que “la exégesis de la cláusula contractual propuesta por el casacionista sea la única admisible a la luz de las circunstancias particulares, y se muestre, consecuentemente, como un planteamiento tan sólido y persuasivo que, por su propio peso, sea capaz de revelar la contraevidencia en la comprensión del Tribunal” (S-226-2004 [7356], 13 de diciembre de 2004), “de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte” (LV, 298), pues las interpretaciones “conformes al haz probatorio y que no sean absurdas o carentes de sindéresis y lógica, impiden la constitución de un error de hecho evidente, alegable en casación, por lo que dicha interpretación, en esas condiciones, queda cerrada en las instancias y resulta inimpugnabile mediante el recurso extraordinario de casación, así la hermenéutica que efectuó el censor devenga respetable y, por ende, luzca coherente, lo cual no es suficiente para quebrar un fallo judicial, por lo demás cobijado por una presunción de acierto que es menester derruir”» (Sentencia de la Sala Civil,*

*Exp.7560)...* (CSJ.CS de 7 de feb. de 2008, Rad. 2001-06915-01 reiterada SC 418-2018 de 1° de marzo de 2018, rad. 2011-00434-01).

Acorde con lo anotado, se tiene que no existe discusión alguna entre los litigantes respecto a que el demandado Gabriel González Garzón entregó en arrendamiento el predio de su propiedad a los demandantes María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García, a través de tres (3) contratos, iniciando la relación negocial desde el año 1992, y que lo que se cuestiona es la interpretación que el juzgador diera a su contenido respecto de las obras que se realizaron para adecuar el inmueble objeto del mismo para el funcionamiento del establecimiento educativo para el cual se entregó la tenencia a los demandantes, imponiéndose entonces escrutar el contenido de dichos contratos para verificar si ocurrió o no la equivocación planteada.

Para ese propósito es preciso recordar las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, según los cuales:

*«ARTICULO 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno».*

*ARTICULO 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato...».*

*ARTICULO 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...».*

A partir de estas directrices, atendiendo la naturaleza del contrato de arrendamiento, la situación precedente que, según los demandantes, se dio entre los contratantes ante la oferta que

del predio hiciera el arrendador, y lo claramente definido en relación con las mejoras y las condiciones de restitución del predio, no se aviene contraevidente, absurdo o descabellado inferir que no quedaba abierta la posibilidad para el arrendatario de ejecutar a su discrecionalidad obras en el predio desligadas del acuerdo contractual con cargo a una eventual adquisición de suelo, sino que las mismas pendían necesariamente de aquel negocio y sujetas a las normas que regulan la materia, de acuerdo con lo que adelante se detalla.

El contrato inicial se celebró el primero (1°) de agosto de 1992, en el cual se indicó, que recae sobre *«una casa de habitación compuesta de dos (2) piezas, una cocina, un baño y un hall de 10.00 mts de largo, una bodega de aproximadamente 120 metros cuadrados, con pisos en cemento y techos de tejas de eternit. La vivienda tiene pisos en madera. Cuenta con tanque de almacenamiento de agua y los servicios de Energía, acueducto alcantarillado y teléfono, este con dos líneas (...) con sus respectivos aparatos, construcción levantada en la parte norte del inmueble. El inmueble objeto del contrato de arrendamiento, está comprendido dentro de los siguientes linderos (...), lo que da una superficie de 10.852,16 mts cuadrados»*.

Allí se definió un término de duración de 5 años, a partir del 1° de agosto de 1992 para culminar el 31 de julio de 1997, el valor del canon de arrendamiento, y su destinación; acordando que *«El inmueble se destinará, única y exclusivamente para el funcionamiento de un plantel de educación con el nombre "LICEO MÉJICO"»*.

Adicionalmente, en la cláusula sexta se estipuló, que *«[E]l arrendatario no podrá hacer mejora alguna en el inmueble sin previo consentimiento escrito del arrendador y las que llevare a cabo sin este requisito quedarán de propiedad de este, sin que el arrendador esté obligado a pago o indemnización alguna por este concepto. Art. 1994 del C.C. y las que*

*por fuerza deban hacerse, serán consultadas previamente con el arrendador, para evitar reformas no acordes con la edificación». (fl. 5,6 Cd 1).*

El segundo convenio aparece datado febrero dos (2) de 2004, refiriendo que el objeto del mismo era conceder el goce de un bien inmueble que consta de *«una casa de habitación compuesta por dos piezas, una cocina, un baño y un hall de diez metros de largo, una bodega de aproximadamente 120 metros cuadrados, con pisos en cemento y techos de tejas de eternit. La vivienda tiene pisos en madera. Cuenta con tanque de almacenamiento de agua y todos los servicios. Con una extensión total de diez mil quinientos metros cuadrados (10.500. mts)».*

La duración en esta oportunidad se pactó por cuatro (4) años, con posibilidad de prórroga, y su destinación continuó siendo para el *«funcionamiento de plantel educativo».*

En la cláusula cuarta de este contrato se fijó la responsabilidad por las reparaciones locativas y *«[E]n cuanto a las mejoras les queda absolutamente prohibido ejecutarlas, en caso de hacerlas es con previa autorización del **ARRENDADOR**, al momento de restituir el inmueble, podrá el **ARRENDADOR** solicitar que las retire y entregue el bien objeto del presente contrato en el estado en que se recibió inicialmente»;* esta puntual exigencia se ratifica en la cláusula sexta al decir, que *«[L]os **ARRENDATARIOS** restituirán el inmueble al arrendador a la terminación del contrato en el mismo estado en que lo recibe, salvo el deterioro natural».*

El último convenio allegado fue suscrito el primero (1º) de enero de 2008, acordando una duración de tres (3) años, a partir de esa calenda hasta el 31 de diciembre de 2010, limitando la identificación del predio a su ubicación y linderos; se mantuvo la destinación acordada desde el inicio de la relación, conviniendo

en su cláusula segunda, que «[E]L ARRENDATARIO podrá retirar del inmueble las mejoras este le haga (sic), siempre y cuando el inmueble no sufra detrimento alguno por dicho retiro y las mejoras hayan sido autorizadas por el Arrendador previamente y por escrito».

La cláusula séptima de este pacto, a más de referir las obligaciones esenciales de las partes, precisa que el arrendatario «[R]estituirá el inmueble al vencimiento del contrato, en el mismo estado en que le fue entregado y poniéndolo a disposición del **ARRENDADOR**».

Del contenido de las mentadas estipulaciones no emerge como pretende el recurrente el yerro interpretativo que se endilga al tribunal, habida cuenta que, como quedó advertido, resultan estipulaciones esenciales del contrato de arrendamiento lo relativo a la entrega temporal del goce de un predio con la obligación de pagar por ello un precio determinado, y de su naturaleza lo que tiene que ver con las responsabilidades y derechos a reembolso sobre las mejoras que en ellos se planten, en el entendido que el arrendatario podrá realizar las obras que considere necesarias para efectivizar la destinación del mismo con las limitaciones que las mismas partes puedan o no estipular.

Justamente, el extremo demandante, en su condición de arrendatario, ante la precariedad de las locaciones existentes en el bien objeto del contrato consideró necesario realizar algunas obras para adecuar el predio de manera tal que permitiera ejecutar su objeto negocial debidamente, las cuales no podrían calificarse de modo distinto a unas mejoras útiles, como se estimó en la instancia, aun cuando el costo de su realización hubiera sido considerable, pues es indiscutible que las mismas

fueron hechas con ocasión y por efecto de la tenencia que del bien les hiciera el propietario, por la relación arrendaticia ajustada entre ellos, para beneficiar el desempeño de su actividad comercial, con lo que se reconocía el derecho de dominio que le asistía al propietario del predio y el de aquellos sobre las mejoras que pudiera realizar, al prevenir expresamente en el acuerdo negocial las condiciones para su ejecución y en las que debía hacerse la restitución del predio.

Impide la interpretación que pretende el recurrente el propio contenido de los contratos, particularmente los dos (2) últimos, los cuales fueron ajustados cuando ya se habían realizado la mayoría de las obras que ahora se reclaman, sin que en parte alguna se hiciera precisión en relación con la modificación que hasta ese momento había sufrido la heredad, como tampoco de su contenido emerge la posibilidad de que el arrendatario pudiera desarrollar obras con las cuales se comprometiera el derecho del arrendador o que le impongan a éste el deber de reconocer el pago de la indemnización de que trata el artículo 739 ya citado, habida cuenta que es reiterado el articulado negocial en el sentido de que es obligación del arrendatario **«restituir el inmueble en el mismo estado en que le fue entregado»**, lo que significa que aun cuando ciertamente el arrendador podía o no autorizar la realización cualquier obra que los arrendatarios estimaran necesarias para el ejercicio de su actividad comercial, les competía al finalizar el arrendamiento, de acuerdo con lo expresamente pactado, entregar el inmueble libre de cualquier obra extraña a las que existían al momento en que lo recibieron, pues, incluso en el contrato del año 2004, se itera, cuando ya se habían ejecutado algunas obras, se pactó la posibilidad de que el arrendador le pudiera exigir que **«las retire y entregue el bien objeto**



**del presente contrato en el estado en que lo recibió inicialmente»,** lo que impide pregonar la existencia de un vacío en relación con las obras que pudieran desarrollarse en el inmueble para entender que la referencia que en ellos se hace solo cobija obras menores.

Aunado a esto, y solo a efecto de rebatir lo dicho por el casacionista, no podría aplicarse la tesis de obra nueva que pregona el censor con el propósito de aplicar el artículo 739 del Código Civil, por cuanto el mismo convenio comercial, que rige las relaciones objeto de estudio e impide la aplicación de la institución de la accesión, da cuenta de que al recibir los demandantes la tenencia del terreno en cuestión, en virtud del contenido contractual, existían algunas obras susceptibles de ser mejoradas, que indiscutiblemente fueron alteradas por los arrendatarios para la adecuación del predio a su destinación económica, más allá de que algunas abarcaron áreas que estaban sin construir debido a la extensión del predio (10.500 mts<sup>2</sup>).

Tampoco se aviene a la naturaleza y esencia del contrato de arrendamiento la interpretación que del mismo pretende el recurrente, puesto que con esta se rompe la armonía comercial y desconoce los fines precisos de este particular contrato, en razón a que la regla general de estos es el no reconocimiento de mejoras, salvo las necesarias, pues, claramente, el legislador contempló que tratándose de las útiles para el eventual reconocimiento del derecho del mejorante tendría que mediar un compromiso expreso del arrendador para abonar su costo, lo que es entendible, en la medida que con la entrega del predio el arrendador pretende obtener un beneficio económico, como contraprestación a la satisfacción de la necesidad del goce del bien por parte del locatario, quien podría por esa vía realizar

mejoras que puedan superar el valor mismo del predio afectando el equilibrio que debe campear en las relaciones jurídicas, y poniendo en riesgo ese derecho de dominio del titular, habida cuenta que en tales eventos quedaría *sub judice* la posibilidad de recuperar el predio si carece de los medios para satisfacer el valor de las obras hechas, lo que no se compadece con la finalidad misma de este tipo de acuerdos.

Por otra parte, siendo que la tenencia del predio por parte de los demandante se derivó de la celebración de un contrato de arrendamiento tampoco se aviene a su naturaleza la aplicación por analogía de las reglas que regulan la accesión, si en cuenta se tiene que en los eventos que pudiera considerarse la existencia de un vacío en los contratos deviene imperativo acudir necesariamente a las disposiciones que regulan ese particular negocio antes que a cualquier otro, y serán esas disposiciones y no otras las llamadas a actuar, como lo ha indicado de tiempo atrás esta Corte al decir que,

*«Tampoco puede ser de recibo el planteamiento que se hace en la demanda introductoria y que, además, se enfatiza ante la Corte, en el sentido de que se configuró la hipótesis del inciso 2° del artículo 739 del Código Civil, por la potísima razón de que los artículos 727 y s.s. ibídem, regulan situaciones que no devienen de un acuerdo de voluntades, sino de actos eminentemente extracontractuales que permiten que se adquiera la propiedad de una cosa o que, en algunos eventos, se configure el derecho a ser indemnizado por lo que se adhiere materialmente a ella.*

*En últimas, cuando hay un contrato de por medio, serán las reglas de ese acuerdo de voluntades las que gobiernen el reconocimiento de las mejoras, sin que sea posible dar cabida a otras instituciones con teleologías extrañas al ámbito negocial». (CSJ SC de 4 de agosto de 2008, Rad. 2000-00710-01).*

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina al señalar, que:

*«El que edifica en suelo ajeno lo hace como poseedor, pero podría ser un mero tenedor un arrendatario, por ejemplo. El contrato que haya mediado entre el mero tenedor y el propietario determinaría sus respectivos derechos en materia de prestaciones. Cuando obra en virtud de un vínculo jurídico, de una obligación emanada de un contrato o un cuasi-contrato, una agencia oficiosa, por ejemplo todas las dificultades deben ser resueltas según la naturaleza particular de la obligación existente entre las partes y la oscuridad no podrá ser invocada para modificarlas»<sup>5</sup>.*

Tal planteamiento parte de las disimilitudes que, necesariamente, se presentan entre los derechos derivados de una eventual accesión, como modo de adquirir el dominio, y los que surgen entre las partes con ocasión de un acuerdo de voluntades, como lo es el contrato de arrendamiento.

De acuerdo con esto, si las obras que ejecutaron los demandantes en el predio de propiedad del demandado, lo fueron con ocasión de un contrato de arrendamiento, no es procedente la reclamación de derecho alguno por causa de estas con fundamento en otro escenario jurídico; y ante la indiscutible inexistencia de un acuerdo expreso del arrendador para el pago o abono del costo de esas construcciones, no es posible que salga adelante la queja casacional, mucho menos cuando existe pacto contractual reiterado de consentir en las edificaciones requeridas por el arrendatario bajo la condición de devolver el inmueble en las mismas condiciones que fuere entregado, con la permisividad de retirar las mejoras susceptibles de ello.

---

<sup>5</sup> Claro Solar Luis. *Explicaciones del derecho civil Chileno y comparado Volumen III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 19837, página 246.*

Deviene de lo dicho que, dado que «si el juez, tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato» (CSJ SC de 28 de feb. de 2005, exp. 7504), no es predicable la existencia del yerro denunciado.

4.1.2. El segundo cuestionamiento se enfila a la indebida apreciación que hiciera el tribunal de las comunicaciones del 4 de marzo de 1993, a través de la cual se autorizó al arrendatario «para que construya salones de clase y otras locaciones para el funcionamiento del colegio» (fl. 14 Cd 1), la de 27 de octubre de 2004, en que se autorizó al colegio «actual arrendatario» para que «adelante ante la **CURADURÍA URBANA N° 4 el RECONOCIMIENTO Y LEGALIZACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN HECHA POR EL COLEGIO PARA SU FUNCIONAMIENTO**» (negritas y subrayas del texto) (fl. 23Cd 1), ni la de 23 de agosto de 2005, en la cual, con base en la autorización antes dicha, el arrendador confiere poder para las gestiones pertinentes ante la mentada curaduría (fl. 22 Cd 1).

La interpretación que de dichas comunicaciones hace el recurrente no resultan suficientes para abrir paso al quiebre de la sentencia impugnada, habida cuenta que en las mismas se recaba no sólo en la condición de propietario del bien de quien las emite, sino también la de arrendatario del autorizado, lo que ratifica que la viabilidad de todas estas obras se dio con ocasión y en virtud de esa relación arrendaticia, sin que hubiera lugar a

considerar que fueran ajenas a este por la presunta existencia de un vacío contractual respecto de las obras que pudieran hacerse en el predio objeto de negociación.

Antes por el contrario, las mentadas comunicaciones remarcan la intencionalidad de los contratantes frente a las obras realizadas en el predio, como también el hecho de señalar expresamente en los distintos convenios que suscribieron, las condiciones en que este debía restituirse, e incluso lo dicho en la propia demanda por los actores, pues en el hecho 23, anotan que en el contrato ajustado en febrero de 2004, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007, *«si bien se relaciona que el inmueble arrendado tiene una casa de habitación compuesta por dos piezas, una cocina, un baño, hall de diez metros de largo,, una bodega de aproximadamente 1230 mts 2 cuadrados, con piso en cemento y techos en teja en eternit, vivienda con pisos de madera, y que cuenta con un tanque de almacenamiento de agua y todos los servicios, lo cierto es que para esa data ya se encontraban terminadas todas las construcciones antes discriminadas, como consta en los planos aprobados por la Curaduría Urbana N° 4 y que sirvieron de soporte para la licencia de construcción»*.

Así las cosas, resulta incontestable que las mentadas comunicaciones son consecuencia del negocio jurídico existente entre las partes y, por tanto, deben ser apreciadas en armonía con lo acordado por ellas para regir esa relación arrendaticia.

Partiendo, entonces, de los criterios hermenéuticos de interpretación y el postulado de que los contratos se deben ejecutar de buena fe, se puede colegir que en el caso de autos si los demandantes desde un comienzo consideraron procedente tomar en arrendamiento un predio para destinarlo a desarrollar una actividad educativa y las condiciones locativas del mismo no

satisficieran plenamente los requerimientos necesarios para ese fin, era claro que tendrían que ejecutar todas aquellas obras que en su sano criterio estimaran pertinentes, para lo cual, en contraposición, el arrendador debió autorizar su ejecución, como ciertamente lo hizo, sin que tal proceder *per se* lo haga reo de la obligación de reembolso reclamada.

Esto por cuanto, como quedó visto al examinar el contenido de los convenios ajustados entre las partes -algunos cuando ya se habían hecho algunas obras de adecuación por parte de los aquí demandantes- los contratantes a más de acordar la necesidad de obtener esa autorización para las que hubieran que hacerse, fueron explícitos al señalar que los arrendatarios debían restituir el predio en el estado en que les fue entregado inicialmente, salvo el deterioro natural, como también previeron la potestad del arrendador para reclamar el retiro de las obras que se hubieran hecho, lo que válidamente le permitía al tribunal colegir que el soporte normativo llamado a aplicarse para la resolución del caso eran las reglas propias de esta tipología comercial y no las de la adquisición, lo que no resulta absurdo o indebido que habilite el quiebre de la decisión.

4.1.3. Tal inferencia de suyo, apareja que al ubicar el tribunal la realización de las mejoras y los derechos de ella emanados en la normativa contractual, sin que encontrara acreditada la autorización por parte del arrendador con el expreso compromiso de abonarlas, relieves al juzgador *ad quem* del examen del avalúo que, del predio y de las distintas construcciones levantadas en él, se allegó al juicio, lo que basta para no pregonar respecto de este proceder la ocurrencia de un error por preterición de la prueba.

4.1.4. De acuerdo con lo visto, no es predicable la existencia del error de hecho por valoración probatoria, palmario o demostrado con contundencia, capaz de quebrar la decisión impugnada, amen que no se advierte que el juzgador *ad quem* supuso, omitió o alteró el contenido de las pruebas que fueron regular y debidamente incorporadas al juicio con resultado determinante en el sentido de la decisión que desató el debate.

4.2. Se cuestiona igualmente en el cargo la interpretación que el tribunal hizo del libelo inicial, para ubicar la resolución del caso en las reglas que gobiernan el contrato de arrendamiento y no en las que refieren a la construcción de obras en predio ajeno reguladas en el artículo 739 inciso segundo del Código Civil, esto es, de la accesión de mueble a inmueble.

4.2.1. Sobre el error de hecho en la apreciación del libelo inicial, preciso es memorar que, en razón a que la función pública de administrar justicia en materia civil es rogada, la existencia de una demanda en forma constituye uno de los denominados presupuestos procesales para que el funcionario pueda decidir de mérito el asunto puesto a consideración de la jurisdicción; dicho escrito genitor debe satisfacer todas las exigencias que la ley impone, de tal manera que permita garantizar el agotamiento de los fines y efectos de la administración de justicia, como son, no sólo el cumplimiento del principio de acceso eficiente y eficaz para el promotor, sino también el de permitir el debido ejercicio del derecho de contradicción y de defensa del llamado al juicio.

Puede ocurrir sin embargo, que la demanda presentada no tenga la suficiente claridad que permita extraer de ella, de

manera inequívoca, el objeto o causa del litigio, para lo cual podrá en primer lugar el propio funcionario inadmitirla, a efectos de subsanar tal falencia, o en su lugar, el interpelado procurar provocar dar luz a esa oscuridad, a través de la correspondiente excepción previa, o en últimas el juzgador definirla mediante su adecuada interpretación al momento de proferir la sentencia que dirima el pleito, de tal manera que sin suplantar la voluntad del reclamante se pueda fijar su alcance y satisfacer de la mejor manera la controversia.

Respecto de la facultad de interpretación de la demanda y el error de hecho reclamable en casación, cuando éste ejercicio no se surte debidamente, De vieja data esta Corporación sostuvo:

*«Acerca de esta particular cuestión, tiene dicho la Corte que “cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia” (CLXXXVIII, 139), para “no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal” (CCXXXIV, 234), “el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos”, realizando “un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos”, “mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral” (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), “siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho”, bastando “que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda” (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185).*

*En sentido análogo, la Sala ha destacado el yerro fáctico in iudicando denunciabile en casación por la causal primera, en que incurre el fallador cuando al interpretar la demanda, “tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también cuando cercena su real contenido” (Casación Civil de 22 de agosto de 1989), “a raíz de lo cual fija los hechos y peticiones de la misma que en su sentir estructuran la disputa judicial de que conoce, y como consecuencia de ese ejercicio cae en la equivocación consistente en considerar uno o varios hechos ajenos a la causa o en definir una petición que no le ha sido formulada” (Sent. cas. civ. de 8 de abril de 2003, expediente 7844), en cuyo caso, su certeza, notoria evidencia e*



*incidencia comporta el quiebre de la sentencia». (CSJ SC de 6 de mayo de 2009, Exp. 2002-00083).*

4.2.2. Frente a la importancia de la demanda como pieza probatoria para la definición de los juicios y la forma en que se determina o no la existencia del error de hecho por indebida interpretación de la misma para soportar la súplica extraordinaria, esta Corporación indicó:

*«tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, porque ello corresponde a la naturaleza misma del error de hecho trascendente, que para que ésta clase de yerro fáctico en la interpretación de la demanda pueda alegarse con éxito como punto de partida de un cargo en casación, tiene que ser ostensible o manifiesto, es decir que a primera vista se presente como una disconformidad con lo que el contenido objetivo de la demanda indica; que "Las dudas o vacilaciones sobre la inteligencia de una demanda están indicando de suyo que la prevalencia de una cualquiera de sus aceptables interpretaciones no puede lógicamente estimarse como algo manifiestamente erróneo", porque si ninguna de ellas desborda el objetivo de dicho libelo, la elección que haga el sentenciador en nada contradice la evidencia que dicho escrito ostenta (G.J. Tomo LXVII, pág. 434). De ahí que, como lo dijo la Corte en su fallo de 18 de mayo de 1972 y lo reiteró en el pronunciado el 1° de abril de 1975, ambos citados anteriormente, que "cuando uno de los hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que se le considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros para su definición jurídica, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales desborda el objetivo de dicho libelo, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que su conducta implique error de hecho manifiesto porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que ese escrito ostenta". (CSJ SC de 14 de oct. de 1993, Exp. 3794).*

Tal aserto lo puntualizó la Corporación posteriormente al decir que:

*«A este propósito, "no se puede olvidar que la demanda, no solo constituye una pieza con la cual se inicia el proceso, sino que a la vez asume el carácter de elemento o medio de convicción" (G. J. Tomo LXVII, 434; CXLII, pág. 200)' (Casación Civil de 22 de agosto de 1989)" (Sent. Cas. Civ. No. 084 de 27 de agosto de 2008), y como tal, puede ser*

*indebidamente apreciada o interpretada por el Tribunal, caso en el cual, la vulneración de la ley sustancial, la existencia del yerro fáctico, su naturaleza manifiesta u ostensible e incidencia en la providencia recurrida, se determinará contrastando, cotejando o confrontando las consideraciones específicas de la decisión con el escrito introductor.*

*En efecto, “para que se configure el error en la interpretación de la demanda, es necesario como lo exige la ley, que ‘sea manifiesto’, ostensible o protuberante,” prístino y evidente, “es decir que salte a la vista de la simple lectura de la demanda, pues la actividad de interpretación solamente es atacable en casación ‘cuando fuere notoria y evidentemente errónea, lo que no se daría cuando entre varias interpretaciones razonables y lógicamente posibles, el Tribunal ha elegido alguna de ellas, pues es el resultado del ejercicio adecuado de su función jurisdiccional’ (sentencias del 7 de abril de 1989 y del 28 de febrero de 1992, sin publicar)” (CCXXV, 2ª parte, p. 185; énfasis de ésta Sala).*

*De no estar viciada la decisión por un desacierto de tal magnitud, o “si para advertirlo se requiere de previos y más o menos esforzados razonamientos, o si se manifiesta apenas como una posibilidad y no como una certeza, entonces, aunque se demuestre el yerro, ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario” (CXLII, 242), como tampoco la tendrá al ser –la pifia denunciada– sólo una posibilidad, dejando espacio para la dubitación e impidiendo así la verificación de su calidad de inobjetable y la certeza de su ocurrencia, pues “donde hay duda no puede haber error manifiesto” (LXVIII, 561, CCXII, p. 113 y CCXXXI, p. 704)” (CSJ SC de 19 de sept. de 2009, Rad. 2003-00318-01).*

Quiere decir esto, que en el laborío de interpretación de la demanda ésta debe ser examinada de manera íntegra y no fragmentada, teniendo presente de forma especial el principio que rige la estructura dialéctica del proceso, según el cual “*Venite ad factum iura novit curiae*”, por virtud del carácter dispositivo que, en líneas generales, regentan los asuntos civiles, lo que impone al juzgador una debida comprensión del asunto sometido a su consideración.

Es así que los fundamentos de hecho en que las partes soportan sus pretensiones u oposición, junto con las pruebas que

permitan tener aquellos hechos por ciertos serán los que orienten adecuadamente el sentido de la decisión que dirima el juicio, puesto que no le es dado al juzgador fundar ésta en hechos no afirmados por las partes, o ignorar los que las mismas hubieran admitido, siendo de su cargo la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, pues es el llamado a subsumir o adecuar los hechos alegados y acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen.

Respecto de la trascendencia de los fundamentos de hecho, como factor determinante para la demarcar el objeto del proceso, esta Corporación ha indicado, que *«no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial ‘mihi factum, dabo tibi ius’ (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230)»* (CSJ SL17741-2015 de 11 de nov. de 2015, Rad. 41927).

4.2.3. Acorde con tales planteamientos carecen de asidero los reparos formulados por el recurrente, toda vez que se alude que en el libelo en parte alguna se pretendió obtener de la jurisdicción el reconocimiento de mejoras plantadas por el arrendatario, sino el pago de unas obras nuevas que se hicieron en suelo ajeno, a ciencia y paciencia del propietario, por lo que este estaba llamado a reconocer su pago, en los términos que impone el artículo 739 del Código Civil.

Para ello sostiene que la demanda no describe ningún tipo de mejoras, que la referencia que allí se hace del artículo 1994

Código Civil *«apenas representa el cumplimiento de una formalidad de la demanda de valor poco menos que trascendente en la apreciación de la misma, pues son los hechos narrados en la causa petendi y no las invocaciones de normas jurídicas los que fijan el marco de la controversia y, por lo tanto, los que determinan las normas legalmente aplicables por el juzgador a esa situación de facto».*

Los argumentos expuestos en precedencia en relación con los anteriores errores apuntalan la desestimación de este preciso reclamo, pues como quedó visto, no es el valor de las obras realizadas o su extensión lo que define su ubicación en la categoría de mejoras, sino el contexto en que las mismas se ejecutan, que aquí quedó demostrado fue con ocasión de la entrega de tenencia del predio que hizo el propietario a los demandantes, derivado de la celebración de un contrato de arrendamiento destinado al funcionamiento de un establecimiento educativo, con la obligación de ser restituido en el mismo estado en que fue entregado inicialmente, de manera que cualquier obra, considerable o no, nueva o no, estaba llamada a ser retirada para cumplir con esa expresa estipulación.

Súmese a lo dicho, que confrontado el libelo introductorio con lo que interpretó el tribunal no se configura el descache que se aduce en la impugnación; en efecto,

a) La demanda se dirige contra Gabriel González Garzón en su condición **de arrendador** y propietario del inmueble ubicado en la carrera 59 N° 128 B-49 de esta ciudad.

b) La primera pretensión reclama que se declare que éste, en la mentada condición (arrendador propietario), *«autorizó y/o consintió las construcciones que se detallan en los hechos 16 y 17 de esta*

*demanda (mejoras útiles), realizadas por [los demandantes], en su condición de arrendatarios de dicho bien».*

A su vez, en la segunda pidió se le condenara al pago de la suma *«que corresponde al valor de las construcciones o mejoras útiles realizadas por estos al predio de aquel, (...), conforme a lo dispuesto en el art. 1994 del Código Civil».*

También se reclamó el pago de la suma de \$11.000.000,00 a título de reembolso por el pago que del impuesto predial hicieron al no ser su obligación *«por no ser su obligación legal ya que son simplemente arrendatarios».*

c) En los fundamentos de hecho de la demanda refirió el extremo demandante, que el inmueble ofrecido en arrendamiento no estaba en condiciones para servir a la destinación prevista, pero que al obtener concepto sobre la viabilidad del predio *«resolvió tomar el arriendo el lote, habiendo manifestado verbalmente el arrendador su autorización a Oscar de Jesús Gómez García para construir sobre el lote las instalaciones que fueran necesarias para el funcionamiento del colegio».*

d) Se reitera en más de una ocasión en la demanda el conocimiento que de la ejecución de las obras tenía el arrendador y la autorización que este hiciera para su realización, llegando a señalar, incluso, que en el contrato celebrado en el año 2004 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007 que en este *«si bien se relaciona que el inmueble arrendado tiene una casa de habitación compuesta por dos piezas, una cocina, un baño, hall de diez metros de largo, una bodega de aproximadamente 1230 mts 2 cuadrados, con piso en cemento y techos en teja en eternit, vivienda con pisos de madera, y que cuenta con un tanque de almacenamiento de agua y todos los servicios, lo cierto es que para esa data ya se encontraban terminadas todas las construcciones antes discriminadas,*

*como consta en los planos aprobados por la Curaduría Urbana N° 4 y que sirvieron de soporte para la licencia de construcción».*

e) A manera de concluir los supuestos facticos del libelo inicial sostiene el demandante, que *«por todo lo anterior deberá declararse que el aquí demandado y arrendador del lote de terreno ubicado actualmente en la carrera 99 N° 155-96 de esta ciudad, donde funciona el Colegio Anglo Escoces Campestre, autorizó la construcción allí levantada y por ende, debe devolver a mis poderdantes el valor de dichas obras a título de indemnización, conforme a lo dispuesto por el artículo 1994 del Código Civil».*

f) Pretendieron, adicionalmente, los demandantes hacer efectivo el derecho de retención sobre el predio *«hasta tanto el demandado GABRIEL GONZÁLEZ GARZÓN les cancele los valores a que se contraen las pretensiones 2 y 3 anteriores, tal como lo prevé el artículo 1995 de la misma Codificación».*

g) En el acápite de *«PROCEDIMIENTO CUANTÍA Y COMPETENCIA»* recalcan, que la define *«el domicilio del demandado y el lugar de ubicación del inmueble donde se construyeron las mejoras reclamadas y arrendado a mis poderdantes».*

h) En relación con las normas de derecho en el aspecto sustancial evocan los artículos *«1982, 1994, 1995 y demás concordantes del C.C.».*

De acuerdo con la anterior reseña refulge, que los reclamantes, desde el aspecto sustancial, ubicaron su pretensión en el ámbito de la relación contractual existente con el demandado, pretendiendo que este reconociera el pago de las obras realizadas con su autorización, lo que imponía que la discusión que en torno a ellas se hiciera lo fuera al amparo de las disposiciones que regulan este específico tipo negocial.

Téngase presente, que las obras desarrolladas por los arrendatarios no tienen la calidad de reparaciones locativas o necesarias, sino que dichas construcciones estuvieron destinadas mejorar las locaciones para beneficiar la actividad económica del arrendatario, esto es, el funcionamiento del establecimiento educativo a cuya destinación expresamente se acordó sería sometido el predio, razón por la cual la discusión en modo alguno podía desviarse por el camino de la accesión, como ahora se reclama.

Respalda esta afirmación la reseña que se hiciera de los antecedentes del caso, del cual se extrae que ningún argumento se planteó en las instancias en dirección distinta a la controversia contractual, particularmente referida a la situación fáctica que contempla el artículo 739 inciso segundo del Código Civil, pues si aquel hubiera sido el propósito de los reclamantes, desde el libelo de demanda se hubiera recabado en el derecho que tiene el propietario para recuperar el edificio previo el pago de la indemnización correspondiente por el valor de las mejoras y el de retención, pero este último no bajo las preceptivas contractuales, sino de las que se reconocen en el título de la reivindicación, a cuyas reglas remite el citado artículo 739, nada de lo cual se hizo.

5. Consecuente con esto, del ejercicio de valoración y ponderación realizado por el tribunal, tanto de los elementos probatorios arrimados al juicio como de la interpretación que hiciera del libelo genitor, no se advierten esos yerros trascendentes, notorios, palmarios o manifiestos que se endilgan por el censor, de los que se extraiga la indebida aplicación de los artículos 966 y 1994 del Código Civil o la falta de aplicación del

canon 739 ídem, o que el único sentido posible sea el indicado por el recurrente, habida cuenta de que si el conflicto tuvo su génesis en el contrato de arrendamiento, y del material probatorio allegado al juicio, evidentemente, no emerge el compromiso expreso del arrendador de abonar el costo de las obras que se hicieron en el predio, aun cuando el mismo las hubiera autorizado, ningún reparo merece la elección normativa que este hiciera para la definición del caso, circunstancias que impide la intromisión de esta Corporación, pues como de antaño se ha indicado *«el recurso de casación no es una tercera instancia de los procesos en la cual se pueda revisar libremente el litigio o las pruebas aportadas en su caso, pues esta Corporación como tribunal de casación no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios, sino que examina la sentencia recurrida en relación con la ley y dentro de los límites y temas que sean adecuados según los fundamentos de la sentencia, y no los que libremente proponga el recurrente, como se observa en este caso. (CSJ SC de 5 de jun. de 2002 exp. 6848).*

6. El cargo, en consecuencia, no se abre paso.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República, **NO CASA** la sentencia proferida Sala Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013), complementada el 10 de octubre del mismo año, en el proceso ordinario señalado en la referencia.

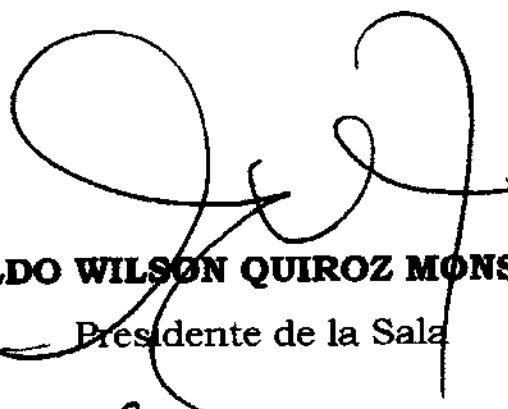
Se condena en costas al recurrente en casación, sociedad **Bosac & Cía. S.A.S.**, en favor del extremo demandado. Por



secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$6.000.000, por concepto de agencias en derecho.

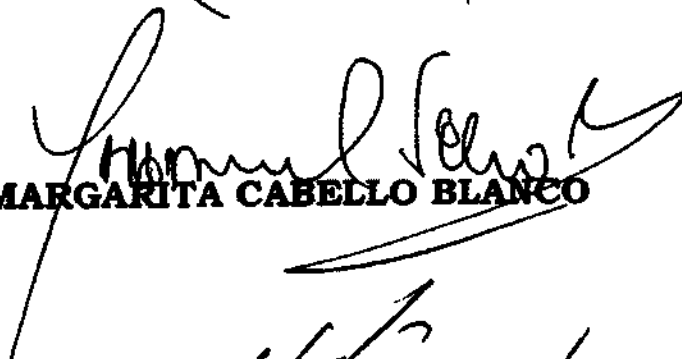
Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

**Notifíquese,**

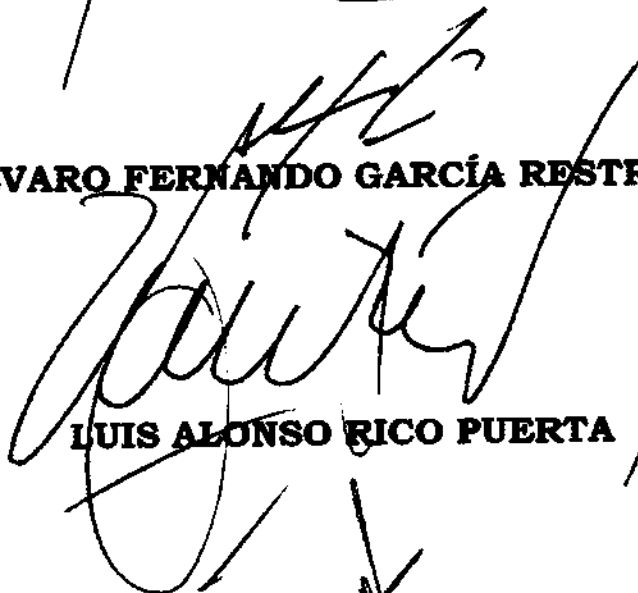


**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

Presidente de la Sala



**MARGARITA CABELLO BLANCO**



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

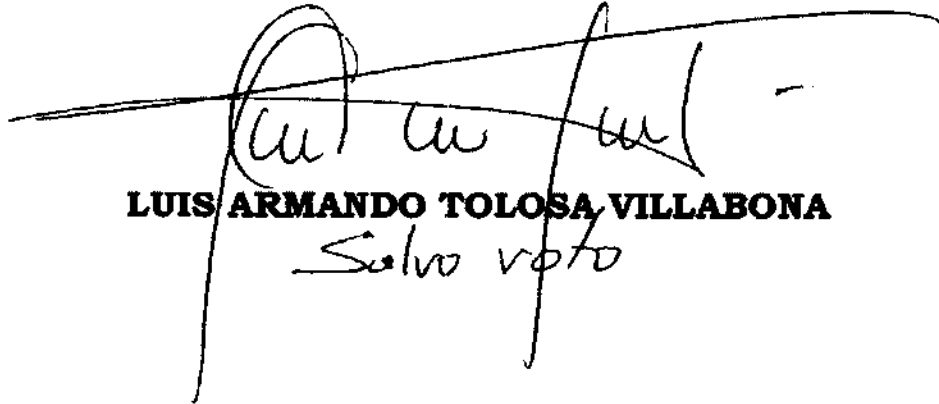
*A/ho voto*



**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**

**SC1905-2019**

**Radicación n.º 11001-31-03-041-2011-00271-01**

1. Me separo de la decisión adoptada por la Sala en la sentencia que precede.

Con el acostumbrado respeto a la mayoría, paso a exponer las razones que fundamentan mi discrepancia.

2. De la información vertida en la foliatura se extraen como bases del fallo, en síntesis, las siguientes:

2.1. María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García<sup>1</sup> demandaron a Gabriel González Garzón, a fin de que, entre otros, les reconociera y pagara la suma de \$1.675.750.000 por concepto de las “mejoras útiles” (edificaciones, esencialmente) plantadas en el predio

---

<sup>1</sup> Quienes cedieron sus derechos en favor de la sociedad Bosc & Cía. S.A.S., recurrente en casación en este negocio.

ubicado en la carrera 99 número 155-96 de Bogotá<sup>2</sup>, de propiedad de éste y tomado en arriendo<sup>3</sup> desde el año 1992.

El arrendador sabía del levantamiento de las construcciones, y consintió en él, pues desde un comienzo (y a lo largo de los años) se dejó en claro que el inmueble se tomaba en estado “*casi baldío*” y resultaba imprescindible la hechura de numerosas -y costosas- obras y adecuaciones para destinarlo al fin procurado: el funcionamiento de un colegio, que recibió el nombre de “*Liceo Méjico*”.

Pidieron, para garantizar el pago de las mejoras, que se les concediera el “*derecho de retención*”, al cual alude el artículo 1995 del Código Civil.

**2.2.** El estrado de **primera instancia**, a la sazón, el Cuarenta y Uno Civil del Circuito de esta capital, con apoyo en el artículo 739 CC, accedió a las pretensiones, declarando que el convocado, en su condición de propietario y arrendador, “*autorizó y/o consintió en las construcciones que se detallan en los hechos 16 y 17 de esta demanda (mejoras útiles), realizadas por los señores María Elena Bravo y Óscar de Jesús Gómez García en su condición de arrendatarios de dicho bien*”.

**2.4.** La **Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial**, en fallo adiado el 12 de septiembre de 2013, revocó la anterior

<sup>2</sup> Identificado con M.I. 50N-231914.

<sup>3</sup> A través de 3 contratos de arrendamiento sucesivos.

determinación y denegó las súplicas, tras desatar la alzada propuesta por el opositor González Garzón.

En lo medular, dedujo que al sustentarse el libelo en pretensiones puramente contractuales (concretamente, en el art. 1994 CC), era indispensable, para el recobro del valor de las obras y adecuaciones, que en el negocio arrendaticio se hubiera pactado. Empero, como ese convenio no existía, no era posible acceder a lo pedido.

**2.5. La Corte**, tras desatar el único cargo formulado por la actora<sup>4</sup>, estimó que no había lugar a casar.

Ello, por cuanto ningún yerro cabía imputarle al fallo del tribunal en punto a la interpretación que hizo del contrato de arrendamiento, más aún, cuando ésta se ciñó a lo previsto en los cánones 1620 a 1622 del Código Civil.

En efecto, en él no había mención acerca del reconocimiento del pago de lo plantado por mejoras “útiles”, pactándose, por otro lado, que la devolución del bien debía hacerse en las mismas condiciones en las cuales fue entregado.

Tampoco halló configurado el dislate en torno a la hermenéutica impresa al libelo, porque en sus distintos capítulos los demandantes fueron enfáticos en aducir como sustento el contrato de arrendamiento suscrito con González Garzón, lo cual, además, descartaba la aplicación

---

<sup>4</sup> Por la causal primera, y por la vía indirecta.

del precepto 739 CC, pues ésta presuponia la “*carencia absoluta de un título contractual, porque de existir, lo realizado se regirá por las específicas reglas de ese convenio*”.

**3.** La tesis se edifica en una errónea conceptualización de diversas instituciones del Derecho de Cosas, del Derecho Obligacional y del ordenamiento constitucional.

Por claridad expositiva, y con miras a demostrar los errores en los cuales incurre el fallo del cual me separo, abordaré, uno a uno, los siguientes puntos: **(i)** el contrato de arrendamiento (generalidades, elementos y obligaciones que genera); y **(ii)** el régimen legal de las mejoras levantadas por el arrendatario.

### **3.1. El contrato de arrendamiento de cosas. Generalidades. Elementos. Obligaciones**

**3.1.1.** Según el artículo 1973 CC, el arrendamiento es “*(...) un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado*”.

Tal norma, que halla su antecedente inmediato en el precepto 2091 del *Proyecto Inédito de Código Civil*<sup>5</sup>, y el

---

<sup>5</sup> Cfr. BELLO, Andrés. *Obras Completas. Tomo V. Proyecto de Código Civil. Tomo III.* Editorial Nascimento. Santiago. 1932. Pág. 494.

remoto en las disposiciones de las *Siete Partidas* (cfr. Tít. VIII P. 5<sup>6</sup>) y en el derecho romano<sup>7</sup> (*locatio conductio*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*), brinda la definición legal de arrendamiento, refundiendo en un solo cuerpo los dos tipos de él (de cosas y de servicios) que reconocen la mayoría<sup>8</sup> de los códigos modernos [Cfr. art. 1543 del Código Civil de España; 1915 del chileno; y 1708 del francés (en su versión original)].

### **3.2. Mejoras hechas por el arrendatario sobre la cosa arrendada. Régimen legal**

**3.2.1.** El estatuto jurídico de las mejoras levantadas por el arrendatario, y de quién está obligado a su pago, viene determinado, principalmente, en los artículos 1993 y 1994 del Código Civil, cuya letra enseña:

*“El arrendador es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas, que el arrendatario hiciere en la cosa arrendada, siempre que el arrendatario no las haya hecho necesarias por su culpa, y que haya dado noticia al arrendador lo más pronto, para que las hiciese por su cuenta. Si la noticia no pudo darse en tiempo, o si*

<sup>6</sup> Vistas en: *Las Siete Partidas del Rey Alfonso 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 de S.M. Tomo III. Cuarta y Quinta Partida.* Paris. Lecoite y Lasserre, Editores. 1843. Págs. 373 y ss. Una exposición completa y en extremo detallada sobre el contrato de arrendamiento en las Leyes de Partidas puede verse en: FEBRERO, José. *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces. Tomo II.* Imprenta de Don Fermín Villagrando. Madrid. 1829. Págs. 3 y ss. y en GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro/MONTALBÁN, Juan Manuel. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España. Tomo II.* Imprenta de D.F. Sánchez. Madrid. 1855. Págs. 225 y ss.

<sup>7</sup> Sobre la regulación del arrendamiento en Roma, véanse, por todos: ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition.* Clarendon Paperbacks. Oxford. 1996. Págs. 338 y ss.; GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain.* Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1918. Págs. 578 y ss.; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano.* Casa Editrice Francesco Vallardi. Milán. 1925. Págs. 472 y ss. y HEINECCIO, Johann Gottlieb. *Recitaciones de Derecho Civil según el Orden de la Instituta. Tomo II.* Librería de Garnier Hermanos. Paris. 1875. Págs. 233 y ss.

<sup>8</sup> Quizás con las notables excepciones del italiano y el alemán, que sólo se refieren al arrendamiento (*locazione; Mietvertrag*) de cosas (Cfr. arts. 1571 y ss. *Codice* y párs. 535 y ss. BGB). Ver, por el sistema italiano: ROTONDI, Mario. *Instituciones de Derecho Privado.* Trad. al castellano de Francisco F. Villavicencio. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1953. Págs. 422 y ss.

*el arrendador no trató de hacer oportunamente las reparaciones, se abonará al arrendatario su costo razonable, probada la necesidad” (art. 1993).*

*“El arrendador no es obligado a reembolsar el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados” (art. 1994).*

Los códigos civiles extranjeros también contienen disposiciones que regulan lo relativo a la hechura de mejoras por parte del arrendatario, entre ellos, el español de 1889 (art. 1573, en conc. con los 487 y 1553 *ib.*); el francés de 1804 (arts. 1720 inc. 2º, 1754 y 1755); y el italiano de 1942 (arts. 1575-1577, 1592-1593).

**3.2.2.** El Código, al igual que muchas de las codificaciones modernas [la francesa (original de 1804); española, argentina (al Código de Vélez Sarsfield de 1869 me refiero) o chilena] no define lo que debe entenderse por “mejoras”, “gastos”, “impensas” o “expensas”, si bien se refiere a ellas en numerosas de sus disposiciones.

Empero, no ha sido así en toda la historia republicana. El *Proyecto de Código Civil*<sup>9</sup> del representante panameño Justo Arosemena (1817-1896), presentado ante el Congreso de la República de la Nueva Granada en el año 1853, se refería a ellas diciendo que eran, desde un punto de vista amplio, “(...) *todo lo obrado en algún edificio o heredad, para ponerlos en mejor estado*” (art. 446).

<sup>9</sup>[http://catalogoenlinea.bibliotecanacional.gov.co/client/es\\_ES/search/asset/75669/0](http://catalogoenlinea.bibliotecanacional.gov.co/client/es_ES/search/asset/75669/0)



Parecida es la descripción que de ellas ofrece la jurisprudencia civil, al decir: “(...) *mejora es (...) aquello que se ha obrado en algún predio o heredad para ponerlo en mejor estado*” [CSJ SC del 17 de nov. de 1947 (M.P. Manuel J. Vargas)]; definición que, dicho sea de paso, es idéntica a la traída por Joaquín Escriche en su *Diccionario Razonado de Legislación*<sup>10</sup>.

Siguiendo en ello la tradición romana y española medieval<sup>11</sup> (particularmente, *Las Partidas*), el Código, en sus preceptos 965 a 967, las clasifica en “*necesarias*” (u “*obligatorias*”), “*útiles*” y “*voluptuarias*” (o “*voluntarias*”), diciendo que las primeras son las “*invertidas en la conservación de la cosa*” (art. 965); las segundas “*las que hayan aumentado el valor venal de la cosa*” (art. 966); y las terceras, “*las que consisten en objetos de lujo y recreo*” o de ornato, que no incrementan el valor de la cosa en el mercado general o solo lo aumentan en una proporción insignificante o nimia (art. 967).

No obstante, es más comprensiva la definición que de cada una de ellas trae la jurisprudencia de esta Sala:

**“Hay tres especies de mejoras: las necesarias, las útiles y las voluptuarias. Las necesarias son las que se hacen en la cosa para impedir su pérdida o deterioro, como las reparaciones realizadas en un edificio que amenaza ruina y la calzada que se**

<sup>10</sup> Vide: ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense, o sea Resumen de las Leyes, Usos, Prácticas y Costumbres, como asimismo de las doctrinas de los juriscultos*. Ed. Librería de Calleja e Hijos. Madrid. 1842. Pág. 424.

<sup>11</sup> Sobre las clasificaciones de las “*mejoras*”, “*expensas*” y “*gastos*” en el antiguo derecho romano y en el español medieval, véase: DE CASSO Y ROMERO, Ignacio/CERVERA Y JIMENEZ-ALFARO, Francisco. *Diccionario de Derecho Privado. Tomo II. G-Z*. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1950. Pág. 2051; y GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español. Tomo I*. Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial. Madrid. 1852. Págs. 580-581.

hace en una heredad para preservarla de la rapidez de un torrente. **Mejoras útiles** son las que, aun cuando no sirven para conservar la cosa, aumentan sin embargo su valor o renta, como el plantío de árboles frutales, la construcción de hornos, trapiches, garajes, caballerizas, acueductos, etc. **Mejoras voluptuarias** son las que ni contribuyen a la conservación de la cosa, ni aumentan su valor o renta, sino que sólo sirven de adorno, lucimiento o recreo, como las pinturas, las fuentes ornamentales u otros trabajos semejantes” [CSJ SC del 17 de nov. de 1947 (M.P. Manuel J. Vargas)].

Asimismo, en el ámbito de la acción reivindicatoria, la Corte ha dicho:

“La doctrina científica y la jurisprudencia, con apoyo desde luego en los textos legales que acaban de citarse, han dividido esas expensas en necesarias y no necesarias, correspondiendo la primera categoría a aquellas sin cuya ejecución la cosa habría desaparecido o se habría deteriorado sustancialmente su valor, a tal punto que cualquiera que las tuviera en su poder tendría que afrontar tales dispendios; en este entendido, siguiendo el mismo principio que propugna por evitar aprovechamientos patrimoniales indebidos para el reivindicante a costa del poseedor vencido, a este deben abonársele las mejoras necesarias de carácter material y permanentes, para lo cual, a más de demostrar que dichas expensas realmente tomaron cuerpo en obras duraderas o visibles en la cosa cuando va a ser restituida, el poseedor debe probar que se requerían, no para el simple mantenimiento del bien o la producción de frutos, sino para evitar la pérdida o menoscabo ya señalados, pues sólo si tienen esta característica, participarán de la condición legal de necesarias (...)”

“Y por contraposición a las anteriores, se regulan también las expensas o mejoras no necesarias llamadas así por cuanto su realización no es indispensable para la integridad de la cosa, mejoras estas que la ley las ha dividido en útiles y suntuarias. Las primeras, a diferencia de estas últimas, aumentan sustancialmente el valor venal del bien mejorado, su capacidad de rendimiento económico, dándole por ende una productividad que no tenía antes y que el derecho objetivo busca fomentar, desde luego sin premiar la mala fe, el fraude o el abuso, por lo que el Art. 966 del C.C. dispone que solo el poseedor de buena fe, es decir aquél que se cree dueño y procede como tal, con la conciencia de encontrarse en una situación normal que no contraría el derecho de otro, puede exigir que se le abonen las mejoras que de esta clase haya efectuado antes de la contestación de la demanda, por cuanto con posterioridad a ella, ya ese poseedor restituyente tendrá conocimiento de la

*existencia de quien le está disputando la cosa y resultaría cuando menos imprudente mejorar un predio que, eventualmente, puede estar obligado a entregar a otra persona".* [CSJ SC del 28 de agosto de 1996 (M.P. Carlos E. Jaramillo Schloss)].

**3.3.** Sin embargo, la descripción de los tres tipos de mejoras, hecha por la jurisprudencia, y que, dicho sea de paso, corresponde a la misma ofrecida por los expositores nacionales más conservadores<sup>12</sup> y por los franceses clásicos<sup>13</sup>, se queda corta, y deja sin explicar varios de los rasgos que los caracterizan, como en lo sucesivo pasaré a explicar, haciendo las precisiones y modulaciones que el buen juicio y la justicia aconsejan.

**3.3.1. Gastos o mejoras necesarios.** Conforme a la doctrina moderna<sup>14</sup>, una mejora adquiere el calificativo de "*necesaria*" desde una doble perspectiva: **(i)** cuando tiende a la conservación de la cosa; y **(ii)** cuando se encamina a permitir su normal explotación.

**(i)** El poseedor, por contingencias de variado tipo, puede verse obligado a realizar gastos de conservación de la cosa, bien sea para impedir que perezca o se desmejore, ora para conservarla jurídicamente.

<sup>12</sup> Vid. VÉLASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Librería Jurídica Comlibros. Medellín. 2008. Págs. 534 y ss.; CARREJO, Simón. *Derecho Civil. Bienes. Derechos Reales*. Universidad Externado de Colombia. 1967. Págs. 230-232.

<sup>13</sup> Vid. PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil. Tome III. Les Biens*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris. 1926. Pág. 348.

<sup>14</sup> *Et al*, en nuestra doctrina: VALENCIA ZEA, Arturo. *La Posesión*. Ed. Temis. Bogotá. 1978. Págs. 374 y ss.; ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los Bienes y su Dominio*. Editorial Facultad de Derecho. Bogotá. 1999. Págs. 428 y ss. También, entre los expositores extranjeros: WOLFF, Martín. *Derecho de Cosas. Vol. I*. Págs. 592 y ss. En: ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Vol. I*. Ed. Bosch. Barcelona. 1957.

En el primer sentido, son expensas necesarias, vbgr., las reparaciones hechas a un edificio que amenace ruina; la construcción de un muro para reforzar una casa de habitación; la curación de los animales, etc.

Con todo, serán los usos sociales y las reglas de la experiencia los llamados a determinar, en cada época sociocultural o caso particular, si un gasto es necesario para la conservación material de la cosa, entendiéndose como obligatorio, cual lo juzgan los expositores, “(...) *no sólo el hecho de que el gasto haya impedido la destrucción de la cosa, sino también que haya impedido el que se desvalorice o se haga inepta para su explotación*”<sup>15</sup>.

Desde otro punto de vista, son también gastos necesarios los encaminados a evitar que la cosa le sea arrebatada al poseedor por terceros que sobre ella aleguen derechos. Impensas o expensas en la cosa son, entre otras: la cancelación de hipotecas o gravámenes reales; la compra de la nuda propiedad; o el pago de cargas reales.

**(ii)** Son también mejoras necesarias, como se dijo, las encaminadas a permitir la normal explotación económica de la cosa, por ejemplo, los abonos, la desecación de pantanos, las máquinas, las construcciones, plantaciones, etc.

En este sentido,

---

<sup>15</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Ob. cit.* Pág. 374.

*“(...) el concepto de gasto necesario (...) ha adquirido una extraordinaria amplitud en el comercio moderno: la función social de los derechos, especialmente de la propiedad, exige que las cosas se exploten según su destinación natural; por lo tanto, todo gasto que el poseedor haga para realizar convenientemente tal explotación, debe reputarse como gasto necesario. Poca utilidad tendría precisar una conservación material o jurídica simplemente estática de las cosas, cuando en verdad esta clase de conservación es apenas el fundamento de la “conservación dinámica” de las mismas, es decir, de su explotación económica. La posesión de cosas –en forma notable la de fincas e inmuebles– originariamente consistió en su “explotación económica”; la gens primitiva poseía la tierra que explotaba; tierras no explotadas eran tierras poseídas. El nuevo derecho civil pretende recoger dicha noción; la posesión no consiste en una simple titularidad, sino en la explotación normal de las cosas. Así lo exige la utilidad social”<sup>16</sup>.*

Desde esta óptica, la doctrina comentada se muestra uniforme. Se advierte que los gastos necesarios son los indispensables para conservar y explotar la cosa, de un modo regular en la forma de explotación anterior; en el mismo sentido, se dice que gastos necesarios no son solamente los inevitables, sino también aquellos que se exigen dentro del giro ordinario de la explotación anterior o son exigidos por los usos sociales y/o comerciales.

**3.3.2. Los gastos o mejoras útiles.** Es un concepto restrictivo: los que no alcanzan la categoría de necesarios.

**3.3.3. Gastos de lujo o mejoras voluptuarias.** Consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o solo lo aumentan en una proporción insignificante.

---

<sup>16</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Ob. cit.* Págs. 374-375.

4. Proyectadas las anteriores premisas sobre el caso *subéxamine*, es claro que las mejoras hechas por los demandantes María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García, quienes, luego, cedieron sus derechos a Bosc & Cía. S.A.S., recurrente en casación, merecían el calificativo de “necesarias”, y, por ende, el arrendador interpelado estaba obligado a su pago conforme a los artículos 1993 y 1994 del Código Civil.

Si se repara en el contenido de tales disposiciones, se observa que la obligación de satisfacer los gastos causados con ocasión de las expensas que adquieran tal carácter no es potestativo, ni menos admite pacto en contrario, pues son normas imperativas de derecho las que posibilitan su reconocimiento. Y es justo que así sea, pues, de otro modo, se estaría patrocinando un enriquecimiento injustificado en cabeza del dueño de la cosa, proscrito según la inveterada y reiterada jurisprudencia de esta Sala de Casación<sup>17</sup> y los más elementales principios de equidad y justicia material, cuyo quebrantamiento, por sí sólo, imponía el quiebre, por medio del recurso de casación, de la sentencia opugnada<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> Sobre esto último, véase: CSJ SC del 12 de dic. de 1955 (M.P. José Hernández Arbeláez).

Es apenas evidente que cuando se razona, como lo hizo la Sala, que las mejoras pasan automática y sin contraprestación ninguna al arrendador, se produce un desplazamiento patrimonial que carece de cualquier causa capaz de explicarlo o justificarlo. Y ese es, conforme al precedente, el elemento central de toda pretensión de enriquecimiento incausado, que el juez se ve compelido a conjurar mediante las herramientas previstas en el ordenamiento y a su alcance, en aras de salvaguardar el equilibrio y la equidad que rigen o deben regir en las relaciones humanas.

La aludida figura se configura, según la jurisprudencia de la Sala y la doctrina de los comentaristas nacionales, cuando hay:

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 (ponentes: Ricardo Hinestroza 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).

De esta manera, las cláusulas respectivas<sup>19</sup> de los 3 contratos de arrendamiento que durante el período de 1992 a 2008 se celebraron, y en las cuales se impusieron restricciones en cuanto al levantamiento de cualquier mejora y se estipuló que el bien debía ser restituido en el estado como fue entregado (en estado “*casi baldío*”), no podían tenerse por escritas, justamente, por contrariar normas imperativas y de orden público que reconocen, de manera clara, la indemnización a favor del arrendatario por lo plantado en el inmueble cuando las obras son necesarias para su funcionamiento y para el uso pactado.

Estas estipulaciones, para mayor ilustración, fueron del siguiente tenor:

---

<sup>19</sup> Concretamente, la Cláusula Sexta del contrato de 1 de agosto de 1992; la Cuarta y Sexta del contrato de 2004; y la Segunda y la Séptima del de 2008.



*“[E]l arrendatario no podrá hacer mejora alguna en el inmueble sin previo consentimiento escrito del arrendador y las que llevare a cabo sin este requisito quedarán de propiedad de este, sin que el arrendador esté obligado a pago o indemnización alguna por este concepto. Art. 1994 del C.C. y las que por fuerza deban hacerse, serán consultadas previamente con el arrendador, para evitar reformas no acordes con la edificación” (Cláusula Sexta del contrato de 1 de agosto de 1992).*

*“[E]n cuanto a las mejoras les queda absolutamente prohibido ejecutarlas, en caso de hacerlas es con previa autorización del ARRENDADOR, al momento de restituir el inmueble, podrá el ARRENDADOR solicitar que las retire y entregue el bien objeto del presente contrato en el estado en que se recibió inicialmente” (Cláusula Cuarta del contrato de febrero de 2004).*

*“[L]os ARRENDATARIOS restituirán el inmueble al arrendador a la terminación del contrato en el mismo estado en que lo recibe, salvo el deterioro natural” (Cláusula sexta del contrato de febrero de 2004).*

*“[E]L ARRENDATARIO podrá retirar del inmueble las mejoras este le haga (sic), siempre y cuando el inmueble no sufra detrimento alguno por dicho retiro y las mejoras hayan sido autorizadas por el Arrendador previamente y por escrito” (Cláusula Segunda del contrato de 2008).*

*“[El arrendatario] restituirá el inmueble al vencimiento del contrato, en el mismo estado en que le fue entregado y poniéndolo a disposición del ARRENDADOR” (Cláusula Séptima del contrato de 2008).*

Las obras de construcción y de mantenimiento de un colegio es una expensa o mejora necesaria, si en cuenta se tiene, que el bien se entregó con ese único propósito, punto sobre el cual no existe la menor discusión, como tampoco la hubo en las instancias y tal cual emana claramente de los contratos:

*“El inmueble se destinará, única y exclusivamente para el funcionamiento de un plantel de educación con el nombre “LICEO MÉJICO” (Contrato de arrendamiento de 1992).*

La misma destinación se mantuvo en los negocios de 2004 y 2008.

Por si fuera poco, los arrendatarios-demandantes originales, cual quedó demostrado en las “comunicaciones” de 4 de marzo de 1993, 27 de octubre de 2004 y 23 de agosto de 2005, las mismas cuya omisión se imputaba al tribunal, fueron autorizados por el arrendador para levantar las mentadas obras de adecuación sobre el terreno, con el propósito de ejecutar el objeto del contrato y el fin o resultado económico perseguido.

Pretender desconocer ese hecho, jamás controvertido, y suficiente por sí mismo para dar al traste con el errado raciocinio del *ad quem* avalado por la Sala, es ir en sentido contrario a la realidad, desconociendo la relación causal necesaria entre el acuerdo *inter partes* del objeto contractual y las obras ejecutadas, totalmente imprescindibles para el desarrollo cabal de la obligación, al estar relacionadas con los elementos esenciales del contrato de arrendamiento celebrado.

Ya dijo Crome que medio mundo es arrendatario. Y puede afirmarse, con apoyo en las estimaciones de Fedelonjas<sup>20</sup>, que casi la mitad de la población, en Colombia, habita los inmuebles en esa calidad.

---

<sup>20</sup> <https://www.dinero.com/pais/articulo/porcentaje-de-colombianos-que-viven-en-arriendo/248931>

Una considerable clase social, generalmente desprovista de medios o instrumentos de producción, demanda alguna protección por parte del Estado y sus autoridades, y esa protección debe manifestarse por medio de normas y sanciones que ordenen, de un modo justo y equitativo, las relaciones entre el propietario y los arrendatarios, moderando con sentido social las reglas exageradamente individualistas, como las abanderadas en esta ocasión por la Sala mayoritaria, que hacen posible la existencia de un poder casi absoluto y omnímodo del propietario.

El servicio de educación es esencial, y posee una marcada e inocultable función social (arts. 44, 67 y 68 de la Constitución Política y Ley 115 de 1994).

Ese carácter esencial, y los fines públicos y sociales que persigue, torna imperioso que las normas que regulan el funcionamiento de los colegios o demás instituciones educativas, no importa si son civiles, comerciales o inclusive administrativas, sean interpretadas bajo el prisma de los principios y valores que emanan de la consagración de Colombia como un Estado Social y Constitucional de Derecho (art. 1º CP).

María Elena Bravo Guevara y Oscar de Jesús Gómez García arrendaron el predio con un propósito único: poner a funcionar un colegio, donde recibieron instrucción niños y adolescentes.

Suplieron así la inocultable y notoria paquidermia de las instituciones del Estado en procurar, a todos los ciudadanos, el derecho al acceso a la educación.

Dicho laborío, loable y meritorio como todos los que procuran la satisfacción de los intereses públicos, merece protección por parte de las autoridades públicas, entre ellas los jueces.

Es cuestión de justicia y equidad que debe exteriorizarse a través de una hermenéutica razonable, reflexiva y racional de las normas civiles y comerciales que responden a dinámicas económicas y patrimoniales que poco o nada consultan el espíritu constitucional que hoy permea, indefectiblemente, a las instituciones del derecho privado.

De allí que, aun cuando se aceptara que los artículos 1993 y 1994 admiten pacto en contrario, a pesar del carácter imperativo de esas disposiciones que obliga a reconocer las mejoras necesarias plantadas, también bajo una interpretación constitucional auténtica, que la sentencia no hace, resulta indiscutible que procede el reconocimiento de las mejoras a los arrendatarios.

Así emerge, por otra parte, de la *ratio legis* que inspira el segundo inciso del artículo 739 del CC, invocado por el juzgador de primer grado para declarar prósperas las pretensiones de los demandantes, a cuyo tenor: “*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”.*

No se trata de soslayar los códigos. No. Se busca entender que todo código, por antiguo que sea, debe ser interpretado por los jueces desde el principio democrático de la supremacía constitucional.

En tal virtud el juez, en situaciones como la aquí ventilada, está compelido a armonizar el ordenamiento vigente con la letra y espíritu de la Constitución. Un juzgador no cumple su trabajo responsablemente sino cuando, como paso previo a la construcción del *decisum*, resuelve el problema jurídico puesto a su consideración entendiendo y aplicando la jerarquía de fuentes en el marco del Estado Constitucional y Social de Derecho, ponderando las recíprocas interrelaciones entre aquellas, con los principios, valores y derechos constitucionales.

La función judicial no es mecánica ni automática porque entonces los computadores sustituirían a los jueces y los algoritmos ofrecerían todas las respuestas.

En el orden jurídico hay principios, valores y derechos, que generalmente están recogidos en la norma de derecho.

Algunos de ellos son auténticas reglas, que aparecen en los códigos penales [*“[e]l que matare a otro incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta*

(450) meses” (art. 108)] y civiles [vbgr. en materia de mejoras (arts. 965 y ss., 1993, 1994) o en el área de la responsabilidad civil (art. 2341 CC)], en fin, en cualquier ordenamiento derivado del Congreso.

Los principios o los valores, por regla general, se sustraen de la estructura normativa entre conducta y sanción; acción y resultado; antecedente y consecuencia; enunciado jurídico o hipótesis y consecuencia jurídica o sanción; por ser mandatos de optimización del sistema jurídico, y, por lo tanto, no se integran por un supuesto de hecho con su correspondiente consecuencia jurídica.

Sobre estas materias, y a propósito de la “*integración normativa*” que viene apuntalada desde la Carta Política, ha dicho la Corte Constitucional:

*“La definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente.*

(...)

*“En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades.*

*“Sintetizando las decisiones de esta Corporación que han asumido el tópico en comento, señaló cómo “[...]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico (...) [Sentencia C-634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)].”*

Y, del mismo modo, aludiendo a los conceptos: principios, valores y reglas, esa Corporación, en el mismo pronunciamiento, ha observado:

*“11.1. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así por ejemplo, solo dentro del lenguaje jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia”. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional.”*

*“11.2. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas*

puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador.

**“En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están construidos bajo el criterio precepto - sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado”.** (Resaltado y negrillas para destacar).



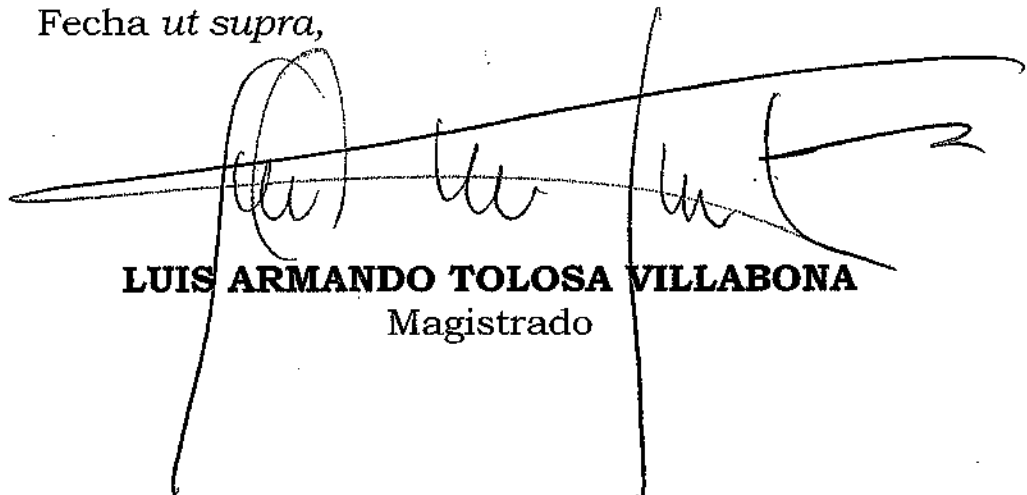
La interpretación de los sucesivos contratos de arrendamiento, y, por consiguiente, del caso sometido al escrutinio de la sala, debió hacerse a la luz de los principios, valores y derechos de la Carta, a fin de garantizar una solución justa y, por tanto, ajustada a derecho.

5. Desde esta perspectiva, se imponía reconocimiento del derecho que asistía a los arrendatarios para obtener del dueño del bien una indemnización por las mejoras introducidas en éste.

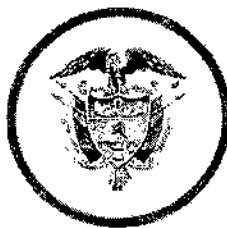
En equidad y en justicia material, las pretensiones de la demanda y del recurso extraordinario estaban llamadas a prosperar, y así debió declararse, reconociendo a la parte arrendataria el derecho de retención consagrado en el artículo 1995 del Código Civil hasta tanto el arrendador no pagara las mejoras necesarias levantadas en el predio.

6. En los anteriores términos dejo salvado mi voto.

Fecha *ut supra*,



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Magistrado



República de Colombia  
Corte Suprema de Justicia  
Sala de Casación Civil

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Radicación n.º 11001-31-03-041-2011-00271-01**

Si bien comparto la decisión consignada en la sentencia, respetuosamente me permito aclarar mi voto, especialmente en relación con la afirmación según la cual *«el artículo 713 del Código Civil define la accesión como “el modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella”, siendo relevante para el sub lite la relativa al evento en que se construye con materiales propios en suelo ajeno (...) a voces de lo previsto en el artículo 739 ídem»* (f. 196 vto., cdno. de la Corte).

Ello porque, en mi opinión, el referido precepto 739 del estatuto sustantivo civil no se limita a regular eventos de accesión (lo que solo hace en su primer inciso<sup>1</sup>), sino que consagra también –en su segundo inciso<sup>2</sup>– el derecho de superficie, como prestación personal (derecho de crédito) en cabeza del superficiario, y a cargo de propietario del terreno donde aquél edificó, plantó o sembró.

<sup>1</sup> *«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».*

<sup>2</sup> *«Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarle, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera».*

## 1. Derechos reales y derechos personales.

Según la teoría clásica dualista<sup>3</sup>, acogida en el estatuto sustantivo civil colombiano<sup>4</sup>, los derechos patrimoniales están estructurados de forma binaria: o son derechos personales, o son reales<sup>5</sup>. Los primeros, corresponden a la facultad en cabeza de una persona (el acreedor) de exigir de otra (el deudor) determinada prestación de dar, hacer o no hacer<sup>6</sup>, mientras que los segundos, son aquellos «*que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*» (artículo 665, *ejusdem*).

Desde esa óptica, puede colegirse que los derechos que no participan de los rasgos definitorios de los reales, necesariamente habrán de ser considerados personales, o lo que es lo mismo, si un elemento constitutivo del patrimonio consiste en el «*poder jurídico total o parcial sobre una cosa, con cargo a ser respetado por todos*»<sup>7</sup>, será un *ius in re*; si no, pertenecerá a la especie opuesta, que se identifica con el «*poder jurídico para exigir de una persona determinada el cumplimiento de una prestación*»<sup>8</sup>.

## 2. Características de los derechos reales.

La expresión *ius in re* denota un conjunto de prerrogativas (el uso, el goce y la disposición) y acciones

<sup>3</sup> PLANIOL, HAURIOU y DEMOGUE, por citar tan solo algunos ejemplos, defienden teorías unitarias (monista-personalista el primero, monistas-realistas, los demás).

<sup>4</sup> Artículo 664, Código Civil: «*Las cosas incorporales son derechos reales o personales*».

<sup>5</sup> No quiere desconocerse, por supuesto, la trascendencia (especialmente en épocas recientes) de los derechos intelectuales, pero, en esta oportunidad, no resulta necesario explorar esa categoría.

<sup>6</sup> Artículo 666, Código Civil: «*Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales*».

<sup>7</sup> GÓMEZ, José J. *Bienes*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 114.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 110.

(persecución y preferencia) con que cuenta su titular respecto de todo el conglomerado; de este modo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos personales (que son de naturaleza intersubjetiva, y por ende *relativos*, pues solo extienden sus efectos directos a los extremos del vínculo obligacional), los atributos reales son oponibles *erga omnes*.

Esto se traduce en que, por un lado, los poderes con que cuenta el titular del derecho real le permiten obtener provecho (económico) o servirse de la cosa en la forma que estime adecuada, siempre que consulte su natural función, pudiendo ~~además~~ exigir a todas las demás personas que le permitan ejercer sus privilegios en la forma en que libremente disponga, sin interposición alguna, dando lugar al surgimiento de un deber correlativo, pero general y abstracto, de abstención.

Por ese mismo sendero, debe destacarse que:

(i) Los derechos reales, como regla general, emanan de la realización de los modos de adquirir el dominio, como la prescripción, ocupación, sucesión, accesión, adjudicación o creación (salvo en los casos del mutuo y la prenda civil, en los que el solo título tiene tal aptitud, dado su carácter traslativo y constitutivo, respectivamente; y de la tradición, modo que reclama su coexistencia con un título preexistente con vocación traslativa, por exigencia expresa del canon 745 del Código Civil); y

(ii) En principio, solo existen tantos derechos reales cuantos se encuentren consagrados en la legislación (artículo

665 del Código Civil<sup>9</sup>, o en disposiciones complementarias o especiales), enumeración restrictiva que es ajena a los derechos personales.

### 3. El derecho de superficie (estudio comparado).

Siguiendo a Díez-Picazo,

*«el derecho de superficie (...) permite que, en determinadas hipótesis, y en virtud de los negocios jurídicos celebrados por las partes, el propietario pueda hacer cesión de la utilización del suelo a favor de un tercero, que se propone y conviene en llevar a cabo una edificación, adquiriendo ese tercero concesionario la propiedad de lo edificado durante el tiempo que el derecho deba durar; que es, por regla general, un plazo de legal duración. Hay, pues, una situación de propiedad dividida: (...) por una parte está la propiedad del suelo, que sigue perteneciendo al concedente y a sus causahabientes, y por otra parte, está la propiedad de lo edificado. Naturalmente el derecho sobre la edificación comparte el disfrute de lo edificado y todas las demás consecuencias o secuelas deberán realizarse según lo pactado»<sup>10</sup>.*

Igualmente, la posibilidad de crear un derecho real sobre las construcciones edificadas en un fundo ajeno, emancipado del dominio de este último (al menos durante un lapso predeterminado), se encuentra consagrada en varios textos legales, entre los que cabe destacar:

(i) República Italiana, Artículo 952, Código Civil: *«el propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere su propiedad. Del mismo modo, puede enajenar la propiedad de la*

<sup>9</sup> «Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales».

<sup>10</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo VI (Derechos Reales). Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2012, p. 326-327.

construcción ya existente, **separadamente de la propiedad del suelo**»<sup>11</sup>.

(ii) Reino de España, Artículo 53, Real Decreto Legislativo 7/2015 (*«Ley de suelo y rehabilitación urbana»*): *«El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones **en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena**, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo».*

(iii) República del Perú, Artículo 1030, Código Civil: *«Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario **goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo**. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto».*

(iv) República Oriental del Uruguay, artículo 36, Ley n.º 18.308: *«El propietario de un inmueble, privado o fiscal, podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, por un tiempo determinado, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. El derecho de superficie es el derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales de la*

<sup>11</sup> Texto original: *«Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo».*

legislación aplicable y dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo».

(v) República Federativa de Brasil, artículo 1369, Código Civil: «El propietario puede conceder a otro el derecho de construir o de plantar en su terreno, por tiempo determinado, mediante escritura pública debidamente registrada en la Oficina de Registro de Inmuebles»<sup>12</sup>.

#### 4. El caso colombiano.

Aunque el derecho de superficie suele clasificarse como un *ius in re* (tal como lo demuestra la legislación compendiada), lo cierto es que, en sus albores, fue concebido como un crédito. En efecto,

«[e]n el derecho romano clásico el derecho superficie no se configuraba como derecho real. El dueño de un fundo era titular de cuanto se construyese o plantase en él, en virtud del principio **superficies solo cedit**. Había, sin embargo, propietarios que no pudiendo o no queriendo construir, se ponían de acuerdo con un tercero que lo deseaba, consintiéndole edificar y gozar plenamente del edificio así construido. Antes que los particulares, parece que hicieron tales concesiones los magistrados respecto del suelo público. Se cita en este sentido que después de la destrucción de la Roma por los galos (año 838 a.C.) se comenzó la reconstrucción de la urbe mediante la concesión de suelo público en plena propiedad al principio, y más tarde mediante el pago de un canon o solárium. La relación que surgía entre el concedente y el superficiario era generalmente un arrendamiento. Así Gayo (D. 43, 18, 2) "superficiarias Aedes apellamus quae in conducto solo positae sunt" y Paulo, en Dig. 39, 2, 18, dice que es "superficiarius qui in conducto solo superficiem impermit". **No deriva, pues, de la superficie un derecho real, sino solamente un derecho de crédito, protegido mediante las**

<sup>12</sup> Texto original: «O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis».

**correspondientes acciones personales ejercitables únicamente contra el propietario concedente o contra sus herederos»<sup>13</sup>.**

En ese sentido, las disposiciones relacionadas con el derecho de superficie que rigen en nuestro país fueron consagradas (inicialmente<sup>14</sup>) en términos semejantes a los recién descritos, al decir, en el citado inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, que **«[s]i 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».**

No se trata, pues, de un supuesto adicional de accesión, como sugirió el fallo mayoritario, porque más que configurar un *ius in re*, prevé el surgimiento de una obligación, cuya

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, *Op. Cit.*, p. 324.

<sup>14</sup> Con la expedición de la Ley 1955 de 2019 (por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"), surgió un supuesto de superficie como derecho real accesorio: el consagrado en el canon 33-8 de esa normativa, a cuyo tenor: *«Una entidad pública denominada superficiante, titular absoluta de un bien inmueble fiscal o de uso público destinado a la infraestructura de Transporte conforme a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 1682 de 2013, podrá otorgar el derecho real de superficie de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de treinta (30) años, prorrogables hasta máximo veinte (20) años adicionales. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial del lugar donde se ubique el bien inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos los atributos de uso, goce y disposición de las mismas, a fin de que tales desarrollos puedan soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble base del superficiante.*

*El derecho real de superficie se constituye mediante contratos elevados a escritura pública suscritos entre el titular del inmueble base y los terceros que serán superficiarios, los cuales contendrán la delimitación del área aprovechable, el plazo de otorgamiento del derecho, las condiciones de reversión de las construcciones, las causales de terminación del contrato, las obligaciones de las partes y la retribución que corresponde al superficiante, debiendo además inscribirse ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sobre el cual se confiere el derecho real de superficie, en el que deberá realizarse una anotación de este como derecho accesorio, identificándose el área conferida al superficiario y los linderos de la misma y las construcciones, además deberán registrarse los actos jurídicos que se efectúan en relación con el derecho real de superficie.*

*La cancelación de la constitución de este derecho real accesorio de superficie procederá mediante escritura pública suscrita por las partes constituyentes, que será objeto de registro en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente y ante la Oficina de Registro competente.*

*Para otorgar el derecho real de superficie el superficiante deberá contar con un estudio técnico, financiero y jurídico, que valide y determine las condiciones y beneficios financieros y económicos que se generan a partir de su implementación y para la selección del superficiario el superficiante deberá sujetarse a las reglas propias de contratación que le apliquen a la entidad pública que actúe en tal calidad».*



fuente es esa aquiescencia o voluntad tácita del propietario, y que origina el deber jurídico de **«pagar el valor del edificio, plantación o sementera»**, aunque no cuando se lo demande el acreedor de la prestación (el superficiario), sino cuando aquel, como deudor, decida recobrar el inmueble de su propiedad.

Y es que, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia comparada, la citada expresión *«a ciencia y paciencia»* (que, por igual, establecen el Código Civil colombiano y el chileno, este último en el artículo 669 al regular el derecho de superficie) constituye una expresión tácita de la voluntad de obligarse del propietario, frente a quien edifica en su suelo:

*«(...) [E]l artículo 669 regula las consecuencias de la edificación, plantación o siembra en suelo ajeno distinguiendo si el dueño tuvo conocimiento es decir, **si la actividad tuvo lugar a ciencia y paciencia del dueño o no** y establece consecuencias diversas para cada uno de esos dos escenarios. Pues bien, como lo muestra con elocuencia este caso, la pregunta que ha de responderse es ¿qué ha de entenderse por “conocimiento” o, lo que es lo mismo, qué ha de significar que la actividad haya tenido lugar a “ciencia y paciencia del dueño”? (...). [P]or lo pronto, habrá que comenzar desechando que por “conocimiento” haya de entenderse simplemente el saber o tener noticia elemental de algo, en este caso de la existencia de una plantación. Al respecto señala Claro Solar lo siguiente: “La disposición de la ley está fundada en la regla del derecho que invocaba Ulpianus *nemo videtur fraudare eos sciunt et consentiunt*, ninguno parece que defraude a los que saben y consienten” (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, vol. III, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 218 219). Desde antiguo, entonces, se ha asumido que **no basta entonces “saber”, es necesario, además, “consentir”**. Que el conocimiento no puede significarse como simple “saber” queda acreditado por una idea persistente que distintos autores han sostenido en el ámbito nacional en los últimos cien años y es que el inciso segundo del artículo 669 **no disciplinaria, propiamente, un caso de accesión, sino una especie de pacto entre las partes.**»*

*Aquí no es necesario evaluar la corrección de dicha idea; ésta basta, sin embargo, para descartar la noción del conocimiento como mero saber. Se requiere algo más. Y aquello que se requiere es que haya existido, al menos, una **apariencia de consentimiento por parte del propietario del terreno en la edificación, plantación o siembra en terreno ajeno**. Esa apariencia de consentimiento y no el mero saber del dueño es lo que determina que la buena o mala fe entendida como conocimiento del hecho del dominio ajeno de quien ocupa el predio no sea relevante pues **lo ocupa amparado en una autorización, real o, al menos, aparente del dueño**; por lo mismo, su conocimiento de que el predio no es de su propiedad deviene irrelevante. (...) [Según lo que ha quedado expresado (...)], la pregunta no es, exactamente, si el propietario del terreno sobre el que se plantó tuvo un conocimiento en términos de un saber elemental acerca de si el tercero había plantado o no, sino más bien si esas plantaciones pueden explicarse normativamente por una especie de consentimiento o aquiescencia del propietario del terreno» (Corte Suprema de Justicia de la República de Chile. Sentencia de Casación de 26 de julio de 2018. Rol: 38141-2017; CL/JUR/3992/2018).*

Por esa vía, en virtud de un acto jurídico del propietario, que permite a otro edificar «a ciencia y paciencia» suya, nace en el patrimonio del superficiario un crédito (esto es, un derecho personal), equivalente al «valor del edificio, plantación o sementera» levantados en suelo ajeno, que este podrá exigir una vez el *dominus* le reclame la devolución de lo que es suyo: es decir, el lote y sus anexidades, que pasan a ser una sola cosa una vez satisfecha esa obligación.

## **5. Conclusión.**

Aun cuando las consideraciones relacionadas con la técnica de casación, y la forma *sui generis* de contratación que celebraron las partes, impedían el reconocimiento reclamado en la demanda, lo cierto es que quien edifica en suelo ajeno,

con la implícita aprobación del propietario, se hace acreedor del derecho al reembolso ya descrito, supuesto que, pese a su inusual ubicación en la codificación sustantiva, no puede ser pretermitido en el análisis de situaciones como la que originó el presente conflicto.

Las razones expuestas fundamentan mi aclaración de voto, con comedia reiteración de mi respeto por la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado**