

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION CIVIL**

Magistrado Ponente:  
**Dr. HUMBERTO MURCIA BALEN**

Bogotá, D.E., tres de septiembre de mil novecientos ochenta y uno.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de octubre de 1980, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por ALFONSO GOMEZ ARISTIZABAL y otros en frente de HERIBERTO GOMEZ ARISTIZABAL.

## I. EL LITIGIO

1. En escrito de 17 de agosto de 1979, que en repartimiento correspondió al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín, Alfonso y Oscar Gómez Aristizábal, lo mismo que Ruth de J. Gómez de Zuluaga y María Cilia Gómez de Zuluaga, demandaron al citado Heriberto Gómez Aristizábal en procura de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que pertenece a los cuatro demandantes el dominio pleno y absoluto sobre la casa de habitación No. 42-72 de la carrera 65 de Medellín, con su respectivo garaje independiente, comprendido todo el inmueble dentro de los siguientes linderos: "Por el frente, con la calle Naranjal, por el centro, con lote 19; por el sur, con predio que es o fue de Víctor Urrego; por el norte, con lote No. 24;

b) que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir a sus demandantes la citada casa de habitación y su respectivo garaje dentro del término que al efecto se le señale en la sentencia; y

c) que se lo condene asimismo a pagarle todas las costas procesales.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones, quedan sustancialmente comprendidos dentro de las siguientes afirmaciones:

a) que el 19 de diciembre de 1967, mediante la escritura pública No. 604 que en esa fecha otorgaron en la Notaría del Carmen de Viboral, Hernando Moreno Zuluaga vendió en proindiviso y por partes iguales a Enrique Alfonso y Oscar Javier Gómez Zuluaga, Ruth Gómez de Zuluaga y Esther Gómez de Aristizábal un lote de terreno situado en el paraje de "La América" de la ciudad de Medellín, de una extensión aproximada de 296,87 varas cuadradas y comprendido dentro de los especiales linderos atrás transcritos;

b) que posteriormente, mediante el otorgamiento de la escritura pública No. 305 de 27 de mayo de 1973 de la misma Notaría, debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín, la condómine Esther Gómez vendió su derecho sobre ese lote de terreno a María Cilia Gómez de Zuluaga;

c) que sobre el referido lote se levantó, durante el período comprendido entre 1968 y 1975, una edificación de tres pisos o plantas, marcada con los números 42-70 el primero, 42-72 el segundo, y sin nomenclatura especial el tercero, todos sobre la carrera 65 de Medellín;

d) que los dos primeros pisos de dicha edificación, se construyeron en su integridad con dineros y recursos suministrados al efecto por Alfonso Gó-

mez Aristizábal, "quien remitía desde el municipio de El Banco (Magdalena) los dineros para la mencionada construcción en cheques que giraba en su cuenta corriente del Banco Comercial Antioqueño, Sucursal El Banco";

e) que el piso tercero de esa misma edificación, construido entre los años de 1973 y 1975, lo fue con gastos que al efecto hizo la comunera María Cilia Gómez de Zuluaga; y

f) que los demandantes, quienes son los actuales propietarios inscritos de todo el inmueble, están privados de su posesión material "en lo que hace relación al segundo piso y su respectivo garaje independiente, ubicado en la carrera 65 número 42-72, puesto que esa posesión la tiene el señor HERIBERTO GOMEZ ARISTIZABAL, a quien han tolerado allí los legítimos propietarios, debido a que tiene aquél la calidad de hermano legítimo de éstos".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las súplicas en ésta deducidas; y en cuanto a los hechos, aceptó algunos pero negó otros.

Expresó entonces el demandado que si "formalmente" los cuatro demandantes aparecen como dueños del lote de terreno cuya propiedad reclaman, fue él sin embargo quien en realidad lo compró a Aníbal Gallo, "con quien convine hacerle la escritura a mi hermana RUTH porque yo en ese entonces tenía problemas para la expedición del certificado de paz y salvo"; añadió que sobre el referido predio "yo construí una edificación de dos pisos, los marcados con los números 42-70 y 42-72", de los cuales, al ser

terminados, arrendó el primero a Zoe Arroyave de Roldán "y el segundo lo ocupé con mi familia, hechos éstos que realicé, tanto en la construcción como el arrendamiento y la habitación del segundo piso, con plena aquiescencia de los demandantes"; que delegó, tanto la mano de obra como la adquisición de los materiales para la aludida construcción, al arquitecto Jorge Obando y al maestro de obra Martín Cuartas, introduciendo paulatinamente mejoras que aumentaron su valor; y que no es cierto que su hermano Alfonso le hubiera remitido dineros para levantar esa construcción, pues que si eventualmente le hizo algunas consignaciones, lo fueron "con el fin específico de que yo le remitiera algunas mercancías para el almacén que él tenía" en el municipio de El Banco, "lo cual hizo en forma oportuna".

Finalmente manifestó el demandado que por razón de "las circunstancias anotadas he adquirido un derecho muy concreto y objetivo sobre el bien materia de la reivindicación y no puedo ser privado de él, sin que, como poseedor de buena fe que ocupé y he poseído dicho inmueble, con ánimo de señor y dueño, se me reconozcan y paguen todas las sumas invertidas en la construcción de la edificación, y el valor que por razón de esas inversiones y de las mejoras introducidas con posterioridad y durante todo el tiempo de la posesión, adquirió y tiene el inmueble en la actualidad, en los términos del Art. 739 del C. Civil".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 7 de abril de 1980, mediante la cual, al no en-

contrar probado el derecho de dominio invocado por los demandantes, denegó las pretensiones de éstos y los condenó en las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación contra lo así decidido interpuso la parte demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en su fallo de 30 de octubre pasado, luego de infirmar el apelado, decidió el litigio así:

a) declaró a los cuatro demandantes dueños, en proindiviso, de "la vivienda (segundo piso), situada en esta ciudad, en la carrera 65 No. 42-72, con su respectivo garaje independiente", comprendido dentro de las especiales alindaciones consignadas en la demanda; b) condenó al demandado, en consecuencia, a restituir a los demandantes, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de su sentencia, "dicho segundo piso, con su garaje independiente"; c) declaró que el demandado Heriberto Gómez Aristizábal, "en su calidad de edificador en los términos del inciso segundo del artículo 739 del C. C., tiene derecho a que se le pague por los demandantes el valor de las construcciones por él hechas, consistentes en las plantas primera y segunda del edificio situado en la carrera 65 con la calle 42 de la ciudad de Medellín, identificadas, en su orden, con los números 42-70 y 42-72.....", cuyo monto determinó en la suma de \$ 5.000.000.00, o sea en \$ 2.500.000.00 el valor de cada una de dichas dos plantas; d) se reconoció a favor del demandado el derecho de retención "sobre la porción que se reivindica, a la cual se refiere el aparte 1o. de esta sentencia, hasta cuando los demandantes... le paguen la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000.00)...."; y e) finalmente dispuso que por estar

"compensadas" no hay lugar a costas en ninguna de las instancias del proceso.

6. Contra la sentencia del Tribunal solamente interpusieron casación los demandantes, recurso que por encontrarse hoy legalmente tramitado procede la Corte a decidir.

## II. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDO GRADO

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y de advertir la regularidad en el trámite del proceso, el Tribunal de Medellín emprende las consideraciones para decidirlo con sentencia de mérito.

Y al efecto, delanteramente observa que, según la demanda, la acción principalmente deducida en ella es la "de dominio o reivindicatoria", de la cual determina los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han indicado siempre como esenciales para que dicha pretensión alcance prosperidad.

2. Estima el *ad quem* que el dominio de los demandantes sobre el lote de terreno en el cual se levantó la construcción de los tres pisos, está demostrado plenamente con las escrituras números 604 de 19 de diciembre de 1967 y 305 de 26 de mayo de 1973, ambas de la Notaría de El Carmen de Viboral, y con el folio de matrícula inmobiliaria No. 001-0027772 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, documentos todos éstos que encuentra debidamente incorporados al proceso.

Después de notar que lo aquí pretendido en reivindicación es una edi-

ficación construida en el lote de terreno anteriormente referido, por persona distinta a los dueños de éste, dice el juzgador de segunda instancia que se trata entonces de “un caso de acesión de mueble a inmueble”, cuya regulación positiva la encuentra en el contenido del artículo 739 del Código Civil.

3. Con apoyo en los testimonios rendidos por Jorge Iván Obando, Martín Eladio Cuartas y Zoé de Roldán, lo mismo que en los interrogatorios absueltos en el proceso por los demandantes, concluye el **ad quem** que el demandado Heriberto Gómez Aristizábal fue quien edificó, con dineros de su propiedad, los dos pisos marcados con los números 42-70 y 42-72 de la ciudad de Medellín, uno de los cuales constituye el objeto de esta reivindicación; y que al así obrar el mentado Heriberto Gómez “actuó como dueño de la obra, como propietario que asume por su cuenta y riesgo la total responsabilidad de la edificación”, y no “como agente oficioso ni como mandatario de sus hermanos”. Añade la sentencia que es “incuestionable” que la construcción la adelantó Heriberto “a ciencia y paciencia de los dueños del terreno, es decir, con conocimiento y consentimiento de ellos”.

Definida pues por el Tribunal la calidad de edificador en suelo ajeno que atribuye al demandado, la que además, según la sentencia, éste tomó con conocimiento y a ciencia y paciencia de los demandantes, dice el juzgador, con cita de diversas jurisprudencias que transcribe, que debiéndose aplicar al caso **sub iudice** lo disuelto por el inciso 2o. del precitado artículo 739, al demandado Heriberto Gómez le asiste el derecho a que sus demandantes le paguen “el valor de las obras”.

4. En lo que respecta al factor de la posesión material del inmueble por parte del demandado, lo da por establecido el Tribunal, en primer lugar, con la propia confesión del demandado que encuentra vertida en la contestación a la demanda y en el interrogatorio por éste absuelto en el proceso; y en segundo, con las pruebas pericial y testimonial practicadas en la primera instancia.

5. Estima además el sentenciador de segundo grado, que lo que aquí es objeto de reivindicación constituye una “cuota o parte perfectamente identificada, y reconocida en el proceso como una casa de habitación, independiente de los restantes pisos”.

6. Sobre la conclusión de que todos los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria sí se reúnen en este caso, para el Tribunal en seguida a concretar el monto de la obligación que tienen los demandantes victoriosos frente al demandado vencido, al cual, como ya se ha dicho, la sentencia, en cardinalísima conclusión, eleva a la categoría de sujeto del derecho objetivo que consagra el inciso segundo del artículo 739 del C. Civil.

Al punto considera el Tribunal, apoyando su aserto en el dictamen rendido por los peritos Mario de Jesús Cifuentes y José Carvajal Suárez, que como cada uno de los pisos o departamentos de que consta la edificación, vale la suma de \$2.500.000.00, entonces “los pisos primero y segundo tienen un valor conjunto” de \$5.000.000.00; y que esta suma será “el precio que, por concepto de mejoras, los demandantes deberán pagar al demandado....”.

### III.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado únicamente interpusieron casación los demandantes. En la demanda respectiva, en la cual limitan el ataque a la decisión atinente a la cuantía o monto de la obligación impuesta a ellos como demandantes victoriosos de la reivindicación frente al demandado vencido, los recurrentes formulan a dicho fallo un solo cargo.

Mediante éste lo acusan de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, del inciso 2o. artículo 739 del Código Civil, "en relación con el 971" *ibídem*, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar el dictamen pericial que a instancia de ambas partes rindieron en el proceso Mario de J. Cifuentes y José Carvajal Suárez.

2. En desarrollo del cargo así planteado el casacionista, con apoyo en algunos pasos de la sentencia que al efecto transcribe, recuerda que el fallo que combate tuvo y reconoció al demandado Heriberto Gómez "como edificador en suelo ajeno, a ciencia y paciencia de los dueños de éste"; y que para regular su situación jurídica trajo a cuento lo estatuido por el precitado inciso 2o. del art. 739, o sea que se le debe pagar "el valor del edificio", o el "valor de las obras llevadas a efecto con la aquiescencia" de los demandantes.

Rememora la censura, igualmente, que la sentencia impugnada "ni en la parte resolutoria ni en la motiva dispuso que el pago comprendiera el valor del terreno, lo que por otra parte mal podía ordenar, pues reconoció

que su dominio pertenecía a los demandantes"; y luego de transcribir doctrinas y jurisprudencias en torno al alcance de la norma sustancial que estima infringida con la sentencia que combate, dice el casacionista que si la obligación que el fallo, en armonía con la ley, "impuso a los demandantes, fue pagar al demandado 'el valor de las construcciones por él hechas' no se entiende porqué el monto de ellas se cifró en la suma de cinco millones de pesos, que los peritos señalaron como valor, no de las construcciones sino de los apartamentos..."

Avanzando en el desenvolvimiento de la censura, dice ésta que los peritos, en su dictamen, no determinaron el valor de las construcciones sino que asignaron "a cada uno de los apartamentos un valor de dos millones quinientos mil pesos"; que los expertos reiteraron ese avalúo de los apartamentos al decir: "O sea que el valor comercial actual que asignamos a cada uno de estos dos primeros pisos es de dos millones quinientos mil pesos para un valor comercial total" de cinco millones.

3. "Luego, —dice el casacionista concretando el yerro de facto que denuncia— si los peritos avaluaron cada apartamento en dos millones y medio de pesos, esta cantidad no se refiere a la mera construcción, sino a todo el apartamento como unidad habitacional, y con inclusión del suelo como se deduce de la fundamentación del dictamen, que tiene en cuenta la situación de dichas viviendas y la valorización del lote. En cambio, el valor de la construcción de los pisos primero y segundo lo establecen en ciento diez mil pesos cada piso, al tiempo de la construcción".

Cree la impugnación, finalmente,

que si la sentencia "condenó el pago del valor de la construcción exclusivamente y no de los referidos inmuebles como apartamentos destinados a la vivienda", el sentenciador, en el punto, apreció erróneamente el dictamen pericial, pues contra lo dicho en éste entendió "como valor de la edificación el valor comercial de cada piso, con lo cual incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en el proceso".

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1a.) Interpretando el alcance de los artículos 738 y 739 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia han sostenido al unisono que la accesión de mueble a inmueble se realiza por edificación, plantación o siembra ejecutadas en suelo propio o ajeno, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a persona distinta del dueño del terreno en que se incorporan; y que producida la agregación, se consuma en favor de éste el modo adquisitivo referido como efecto del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya que siempre se ha considerado principal el inmueble, porque de dos cosas que componen un todo se da tal categoría a aquélla que puede subsistir en su ser separadamente, y como accesorio la que sin ella no podría seguir existiendo en la misma forma. Mas como es principio universalmente aceptado el de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, el derecho positivo ha establecido reglas que tienden a asegurarle al propietario de los materiales, plantas o semillas una equitativa indemnización.

2a.) En punto de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el artículo 739 del Código Civil prevé dos

situaciones diferentes, según el dueño del terreno no haya tenido conocimiento de dicha ejecución en su predio por otra persona; o que, contrariamente, ésta haya edificado, plantado o sembrado con la aquiescencia de aquél.

Para este segundo evento, es decir cuando "a ciencia y paciencia" del dueño del terreno, otra persona incorpora en él sus materiales, plantas o semillas, la precitada disposición legal consagra a favor de aquél derecho a recobrar el predio, pero pagando anteladamente "el valor del edificio, plantación o sementera".

Porque, como reiteradamente lo ha sostenido la doctrina de la Corte, el que edifica en terreno ajeno, con conocimiento o a ciencia y paciencia del dueño de éste, no tiene ciertamente dominio sobre el edificio, sino únicamente el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de lo edificado, acompañado del derecho de retención del terreno hasta que el dicho valor le sea satisfecho.

3a.) Esta es, justamente, la situación fáctica que relativamente a los apartamentos 42-70 y 42-72 de la carrera 65 de Medellín, encuentra y deduce la sentencia del Tribunal, así en su parte motiva como en la resolutive. Dice, en efecto, que el terreno sobre el cual se edificaron pertenece a los demandantes y que sobre él el demandado levantó la edificación a ciencia y paciencia de aquéllos, y que procede, "en consecuencia, dar aplicación al inciso segundo del art. 739 del Código Civil".

Y esta cardinal conclusión del ad quem en el punto, que fue consentida tácitamente por el demandado al no impugnarla y expresamente por los demandantes, quienes aquí limitan su

ataque únicamente al monto de la obligación a ellos impuesta, ha adquirido la autoridad de cosa juzgada material y por ello se torna inmodificable a través de este recurso extraordinario, el cual por tanto sólo otorga competencia a la Corte para inquirir si en la determinación del valor de la construcción el Tribunal incurrió o no en yerro fáctico ostensible.

4a.) A instancia de las dos partes se practicó en la primera instancia del proceso un dictamen pericial, cuyo objetivo era determinar, entre otros factores, el valor del lote de terreno "al tiempo de su adquisición" y el "que tiene actualmente, incluyendo la valorización adquirida por la construcción en el área erigida"; lo mismo que el "valor de construcción" de los pisos primero y segundo, "al tiempo de verificarse ésta y el valor comercial que tienen en la actualidad".

Los peritos designados y posesionados, Mario de Jesús Cifuentes Rico y José Carvajal Suárez, en dictamen rendido el 16 de enero de 1980, luego de haber identificado e inspeccionado tanto el terreno de la litis como la edificación en él existente, concordemente conceptuaron que dicho inmueble "se encuentra localizado en un lugar que si bien es cierto no es totalmente residencial, alterna con establecimiento de comercio frecuentado por clientela de satisfactorio nivel social; posee bastantes facilidades de transporte.... Lo mismo se puede decir con relación a los establecimientos educativos existentes", agregando que en sus alrededores hay supermercados y centros asistenciales de salud.

Y después de haber conceptuado que "el terreno al tiempo de su adqui-

sición", o sea en 1967, tenía un valor de \$ 40.000.000, refiriéndose al "valor que tiene actualmente el lote de terreno, incluyendo la valorización adquirida por la construcción", los peritos asignan "a cada uno de los apartamentos un valor de dos millones quinientos mil pesos (\$ 2.500.000.00); para un valor total de la edificación de siete millones quinientos mil pesos (\$ 7.500.000.00)". Relativamente al valor de la construcción de los referidos pisos números 42-70 y 42-72, los expertos conceptúan que, según información concorde de los propios interesados, "cada uno de estos dos pisos tuvo en su construcción un valor de ciento diez mil pesos (\$ 110.000.00); para un valor total de los dos pisos de doscientos veinte mil pesos (\$ 220.000.00)"; y que, según "se desprende de lo que ya dictaminamos en el ordinal b) de la primera pregunta... el valor comercial actual que le asignamos a cada uno de estos dos primeros pisos es de dos millones quinientos mil pesos (\$ 2.500.000.00); para un valor comercial total, correspondiente al primer piso marcado con el número 42-70; y al segundo piso, marcado con el número 42-72, de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00)".

5a.) El análisis del contexto del dictamen pericial autoriza afirmar que los peritos, al fijar en \$ 2.500.000.00 "el valor comercial actual" de cada uno de los dos primeros departamentos de la edificación, lo hicieron considerándolos como dos unidades habitacionales, con inclusión del costo del terreno y que no fijaron tal cantidad como valor exclusivo de la construcción, tanto más si se considera, como lo reconocen los mismos litigantes, que dicha edificación no está constituida en propiedad horizontal.

Porque si en la primera parte de su experticio los peritos, al determinar el "valor que tiene actualmente el lote de terreno, incluyendo la valorización adquirida por la construcción en él erigida", lo cifran en \$ 7.500.000.00, que corresponde a la suma de \$ 2.500.000.00 que asignan a cada uno de los tres pisos, no resulta razonable, y antes sí ostensiblemente contrario a la lógica de las cosas, que el solo valor de la construcción de cada piso o departamento resulte exactamente igual al precio que corresponde a ella con inclusión del de el terreno sobre el cual se edificó.

Reafirma esta interpretación, que es la única lógica, el hecho de que los peritos, después de fijar en \$ 40.000.00 el precio del terreno para el año de 1967, en orden a conceptuar sobre el valor comercial actual del mismo, pero incluyendo "la valorización adquirida por la construcción en él erigida", toman como bases para apoyar su dictamen las consideraciones de que "la edificación se encuentra localizada" en un lugar comercial de Medellín, frecuentado "por clientela de satisfactorio nivel social"; que "la edificación" posee "bastantes facilidades de transporte, puesto que pasan tres o cuatro líneas"; que en sus alrededores hay muchos "establecimientos educativos", como la Universidad Pontificia Bolivariana, Sección Laureles y el colegio "Mater Dei"; y que además tiene "supermercados cercanos.... la sección de Almacenes Exito, sección Sears; mercados La Candelaria y Almacenes Ley", lo mismo que centros de salud, pues que cerca del inmueble se encuentran las clínicas San Joaquín y San José".

6a.) Si, pues, la obligación que impuso la sentencia a los demandantes, fue

la de pagar a su demandado Heriberto Gómez Aristizábal "el valor de las construcciones por él hechas, consistentes en las plantas primera y segunda" del edificio de la carrera 65 con la calle 42 de Medellín (subraya la Corte), y no el valor de éstas incluyendo el precio del suelo en que ellas se edificaron, no se ve porqué el Tribunal determinó en \$ 5.000.000.00 el monto de dicha obligación, que es el que los peritos en su dictamen asignan como valor comercial para los dos apartamentos, con inclusión del terreno, y no como valor exclusivo de la construcción.

Todo lo cual significa que el sentenciador *ad quem* sí incurrió en error de hecho evidente al apreciar el dictamen pericial; y que como ese yerro fáctico fue la determinante del quebranto del inciso 2o. del artículo 739 del Código Civil, que no se aplicó debiendo haberse aplicado, la sentencia recurrida, en la parte que es objeto de impugnación, tiene que casarse para reparar el error *in judicando* apuntado.

## V. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Resulta de lo expuesto que por la prosperidad del único cargo que se ha formulado la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que quebrarse; pero como su aniquilamiento es sólo por el eficaz ataque que los demandantes le hacen al fallo en cuanto por él se los condenó a pagar la suma de \$ 5.000.000.00, que no corresponde al valor de la construcción que el demandado levantó en el terreno de propiedad de sus demandantes, la sentencia que la Corte debe dictar como Tribunal de instancia tendrá que limitarse a corregir el error deducido, reproduciendo las demás decisiones que

trae el fallo del Tribunal de Medellín y que no sólo no han sido impugnadas en casación sino antes bien consentidas por ambas partes.

2. Como ya se dijo al despachar el cargo que prosperó, según lo preceptúa el inciso segundo del artículo 739 del C. Civil, cuando "se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera". Como el supuesto de hecho previsto por la norma legal transcrita es, justa y precisamente, el que se ha dado por establecido en el presente caso, y que como también se dijo no puede ser materia de modificación, a él corresponde entonces aplicar el efecto jurídico que dicho precepto consagra.

Según él, a Heriberto Gómez, como edificador que fue en el terreno de propiedad de sus demandantes, le asiste el derecho de retención mientras aquellos, que por virtud del modo de la accesión se han convertido en dueños de la edificación, le paguen el **valor de las construcciones**. Y no puede suceder otra cosa puesto que, como lo ha dicho tradicionalmente la jurisprudencia, la tolerancia del propietario del terreno a que otro edifique en lo suyo, es una aquiescencia tácita que compromete su responsabilidad patrimonial en beneficio de quien incorpora sus actividades y capital en suelo ajeno.

3. En el caso de este proceso, como también quedó visto, si bien está ciertamente determinado que el demandado edificó en el terreno de sus demandantes, con conocimiento y a ciencia y paciencia de éstos, por lo que es titular del derecho apuntado; no apare-

ce sin embargo, establecido el monto o la cuantía de este derecho, desde luego que los peritos no señalan en su dictamen cuál es el valor comercial actual de la sola construcción de los pisos 42-70 y 42-72 de la carrera 65 de Medellín, separadamente del valor del terreno.

Fijan los peritos, eso sí, en \$ 110.000.00 el valor de la construcción de cada uno de los tres departamentos por el tiempo en que éstos se edificaron, es decir en 1967. No puede sin embargo este monto considerarse para fijar la cuantía de la obligación que corresponde a los demandantes, pues si éstos ahora recobran su terreno haciéndose además dueños, por accesión, de la edificación levantada en él, la indemnización que deben al constructor o edificador vencido, para que sea justa y haya por tanto equidad en las prestaciones, tiene que ser la que corresponde al **valor actual** de las construcciones y no al precio que ellas tuvieron hace más de diez años.

Por consiguiente, la condena por el aspecto aludido tiene que hacerse **in genere**, para que se liquide por el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, tomando por punto de partida para llegar a esa meta las consideraciones que se han consignado en el cuerpo de esta providencia.

## VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia de fecha treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), profe-

rida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia.

## RESUELVE:

**Primero.-** Revócase la sentencia de siete (7) de abril de mil novecientos ochenta (1980), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Medellín;

**Segundo.-** Declárase, en su lugar, que pertenece, en proindiviso, a Alfonso Gómez Aristizábal, Oscar Gómez Aristizábal, Ruth de J. Gómez de Zuluaga y María Cilia Gómez de Zuluaga el derecho de dominio sobre la vivienda (segundo piso), "situada en esta ciudad, en la carrera 65 No. 42-72, con su respectivo garaje independiente, y que linda: 'Por el frente, con la calle Naranjal; por el centro, con el lote 19; por el sur, con predio que es o fue de Víctor Urrego; por el norte con el lote No. 24', vivienda que hace parte de un inmueble de tres plantas no sometido a régimen de propiedad horizontal";

**Tercero.-** Como consecuencia de la anterior declaración, el demandado Heriberto Gómez Aristizábal debe restituir dicho segundo piso, con su garaje independiente, a los demandantes, dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia;

**Cuarto.-** El mismo demandado Heriberto Gómez Aristizábal, en su calidad de edificador en los términos del inciso segundo del artículo 739 del C. C., tiene derecho a que se le pague

por los demandantes el valor de las construcciones por él hechas, consistentes en las plantas primera y segunda del edificio situado en la carrera 65 con la calle 42 de la ciudad de Medellín, identificadas, en su orden, con los números 42-70 y 42-72, de la nomenclatura urbana de dicha ciudad.

**Parágrafo.-** Para la liquidación de la condena a que se contrae este ordinal debe seguirse el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

**Quinto.-** Se reconoce al demandado Heriberto Gómez Aristizábal el derecho de retención, hasta cuando los demandantes le paguen el valor de la construcción por él hecha en el terreno de éstos, que será determinado como se indica en el párrafo precedente; y

**Sexto.-** Sin costas en ninguna de las instancias del proceso ni en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

RICARDO URIBE HOLGUIN

JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER

GERMAN GIRALDO ZULUAGA

HECTOR GOMEZ URIBE

HUMBERTO MURCIA GALLEN

ALBERTO OSPINA BOTERO

RAFAEL REYES NEGRELLI  
Secretario