

LEY 1395 DE 2010
FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA COMO
EXCEPCIÓN PREVIA
EL CASO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO

NATTAN NISIMBLAT¹

Resumen. La Ley 1395 de 2010 permite alegar la excepción procesal de falta de legitimación en la causa como previa, bien por activa o por pasiva, lo cual amerita un análisis detallado de la norma para determinar su verdadero alcance.

Abstract. Act 1395 of 2010 allows the exception claim for lack of standing trial in the case as preliminary, either active or passive, which deserves a detailed analysis of the rule to determine its true scope.

Palabras clave. Acción Judicial, juicio, litigio, decisión judicial, falta de legitimación en la causa.

Key words. Judicial procedure, litigation, trials, standing, exception.

Introducción

Con la modificación introducida al inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil por el artículo 6° de la Ley 1395 de 2010, se faculta al demandado para invocar la excepción de falta de legitimación en la causa, bien por activa o por pasiva, lo cual amerita un análisis detallado de la norma para determinar su verdadero alcance y para ello, me permito formular un caso del cual se desprenden las conclusiones.

El caso

En un proceso en el cual se solicita la restitución del bien arrendado, el demandante no es el actual propietario de la cosa arrendada, pero sí fue quien siendo propietario suscribió el contrato de arrendamiento en calidad de arrendador, caso en el cual se demanda la restitución de un bien inmueble por quien, a pesar de haber suscrito el contrato de

¹ Abogado de la Universidad de Los Andes; Especialista en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad del Rosario; Cursó el Programa de Negociación para Altos Ejecutivos de las universidades de Harvard, Mit y Tufts de los Estados Unidos; Conciliador en Derecho de la Universidad Católica de Colombia y adscrito a la Cámara de Comercio de Bogotá como conciliador a prevención; Maestrando en Derecho en la Universidad de Los Andes; Cursó Diplomado en Investigación Científica en la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca; Regenta las cátedras de Procedimiento Constitucional (acciones constitucionales), Teoría General del Proceso, Procedimiento Civil Especial, Alternativas de Resolución de Conflictos, Contratos Electrónicos, Gobierno Electrónico, Conciliación Civil y Comercial, Teoría y Técnicas de Negociación, Derecho Constitucional y Responsabilidad Médica en las universidades Católica de Colombia, Universidad de Medellín, San Martín, Autónoma de Colombia, Nuestra Señora del Rosario y Santo Tomás, en programas de pregrado, posgrado, maestría y diplomados. Actualmente es Jefe de Área de Derecho Procesal de la FUSM, investigador de la Universidad Católica de Colombia, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Correo electrónico: nattan@nisimblat.net.

arrendamiento en calidad de arrendador, no funge actualmente como titular del derecho de dominio, en virtud de la tradición que del bien inmueble hiciera con fecha posterior a la suscripción del contrato de arrendamiento pero anterior al proceso de restitución.

En otras palabras, una persona que es dueña de un bien lo arrienda a otra. Con posterioridad la vende, pero omite notificar al arrendatario de tal situación. ¿Quién está entonces legitimado en la causa para demandar la terminación del contrato en caso de incumplimiento y obtener la restitución?

Iniciado el proceso la parte demandada alega por la vía de excepción previa la falta de legitimación en la causa del demandante, en virtud de la ausencia de titularidad del derecho real de dominio.

Legitimación en causa

Para resolver el caso se consideran cuatro problemas jurídicos:

A.- ¿Procede la revocatoria del auto admisorio de la demanda por falta de legitimación por activa?

B.- ¿La falta de legitimación en la causa por activa ataca el proceso en calidad de impedimento (excepción previa), la sentencia (en calidad de presupuesto procesal de la pretensión) o el derecho sustancial debatido (excepción perentoria)?

C.- ¿Está legitimado en la causa por activa el tradente de un bien, que ha celebrado previo a la tradición contrato de arrendamiento, para demandar judicialmente la terminación del contrato y la entrega, a pesar del adquirente, y con posterioridad al acto de compraventa cuando aún no se ha realizado la notificación de la cesión del contrato?

D.- ¿Cuál es la oportunidad para formular la excepción de falta de legitimación en la causa?

El concepto *legitimatío ad causam*

Al primer y segundo problemas contestamos citando una acertada providencia del 15 de diciembre de 2005, proferida por el Juzgado de los municipios Jáuregui, Antonio Rómulo Costa, Seboruco José María Vargas y Francisco de Miranda de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira de la República Bolivariana de Venezuela, Rad. 903-2005, en la cual se afirmó:

“Siguiendo a Cotoure, las excepciones perentorias no son defensas sobre el proceso, sino sobre el derecho “...no procuran la depuración de los elementos formales de juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado...Se trata en resumen de decidir el conflicto por razones ajenas al merito de la demanda...pone fin al juicio, pero no mediante un pronunciamiento sobre la existencia o la inexistencia del

derecho, sino merced al reconocimiento de una situación jurídica que hace necesario entrar a analizar el fondo mismo del derecho” (Fundamentos de derecho Procesal Civil).

De acuerdo con el ordenamiento procesal, se ha mantenido intacto el siguiente criterio Jurisprudencial: Para poder dar solución firme a una diferencia jurídica o litigio, se requiere la formación y desarrollo normal de un proceso, es decir, la constitución de la relación procesal. Esta constitución regular del juicio o de la relación procesal, exige la intervención de un juez, la formulación de una demanda y la presencia de un demandante y de un demandado. El Juez que es llamado a intervenir, debe ser competente, o sea, que ha de tener facultad para decidir en concreto el conflicto que se le plantea. A su vez el demandante y el demandado necesitan gozar de capacidad para ser partes o sujetos de derecho y de capacidad procesal o para comparecer en juicio. Y por ultimo, es necesario que la demanda sea idónea, esto es, que reúna determinados elementos formales. Estos factores consisten en la competencia del Juez, en la capacidad del actor y del demandado para ser partes y para comparecer en juicio y en la idoneidad formal de la demanda, son conocidos con la denominación de presupuesto, es decir, como premisas o requisitos indispensables para la constitución normal de un proceso y para que en este pueda el Juez dar una solución de fondo a la divergencia surgida entre los litigantes. La ausencia en el juicio de uno cualquiera de estos presupuestos, impide la integración de la relación procesal y el pronunciamiento del Juez sobre el merito de la litis. Al respecto puede verse lo dicho por la corte en casaciones de julio 21 de 1954 (LXXVIII, 2144, 104), y de agosto 19 de 1954 (LXXVIII, 2145, 348). (...).”

Son tales la importancia y necesidad de los presupuestos procesales que algunas de las excepciones dilatorias y de las causales de nulidad han sido consagradas precisamente con la finalidad de asegurar en la litis la presencia de todos estos presupuestos. Toda acción se constituye e identifica por tres elementos, consistentes en el sujeto, activo y pasivo, de la relación jurídica sustancial que se discute, en el titulo o causa petendi y el petitum u objeto de la acción.

Toda acción requiere ciertos requisitos o condiciones consistentes en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. La legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la cualidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra.

La legitimación en la causa no constituye excepción de merito desde el punto de vista de su naturaleza, porque siendo un presupuesto de la pretensión, al echarse de menos, esto es, brillar por su ausencia, no prospera la pretensión, o en palabras del maestro Devis Echandía, no se cumple el fin de la pretensión.

La legitimación en el proceso pertenece exclusivamente al derecho procesal por ende no se puede ligar con el derecho material siendo propia de la pretensión la cual es considerada por la Doctrina como una declaración de voluntad, esto es, de lo que anhela el demandante como resultado del proceso, mientras que la legitimación en la causa según la definición del maestro Hernando Devis Echandía, "consiste en ser la persona que, de conformidad con la Ley sustancial puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del Juez, en el supuesto de que aquella o este exista, o ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado se deja así bien claro que no se trata de la titularidad del Derecho o la obligación sustancial, porque puede que esto no exista, y que basta con que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa, y sin embargo declararse que dicho derecho y tal obligación o el ilícito penal alegado o imputados no existen realmente" .

Jaime Guasp, la estima como la consideración especial en que tiene la Ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallen en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal, pueda ser examinada, en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso; agregando que sea por activa o por pasiva, se trata de la necesidad de que una cierta demanda sea propuesta a ciertas personas que son las legitimadas para actuar como partes en un proceso determinado.

Para Hugo Rocco, la legitimación para obrar indica si el actor y el demandado, respecto de quienes debe declararse con certeza la existencia de una determinada relación jurídica, están realmente autorizados por la norma procesal para pretender la declaración. La cuestión de la legitimación es preliminar al juicio sobre la existencia o inexistencia de la relación jurídico sustancial.

La titularidad del interés a su vez -según Devis Echandía- consiste en la "afirmación de ser titular del derecho o relación material objeto de la demanda (demandante), o la persona facultada por la Ley para controvertir esa afirmación. Aun cuando ninguna obligación a su cargo pueda deducirse

de ella (demandado), en el supuesto de que exista ese derecho o relación jurídica material).

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional con ponencia del maestro Jesús Eduardo Cabrera Romero, dijo: "...con respecto a la legitimatio ad causam en la acción de amparo, en sentencia de 6 de febrero de 2001 (caso: Gonzalez Laya C.A), esta Sala señaló: " La doctrina más calificada, se define en los siguientes términos el significado de la Legitimación a la causa: "Al estudiar este tema se trata de saber cuando el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuando el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, y si el demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídica material pueda ser resuelta, o si por el contrario existen otras, que no figuran como demandante ni demandado. "(Ver Hernando Devis Echandía. Tratado de derecho procesal Civil, Tomo I. Editorial Temis. Bogota. 1961. Pág. 489). La Legitimación a la causa alude a quienes tienen derecho por determinación de la Ley, para que en condición de demandantes, se resuelva sobre sus pretensiones y si el demandado es la persona frente a la cual debe sentenciarse.

En palabras del eminente procesalista Jaime Guasp: "Legitimación Procesal, es la consideración especial en que tiene la Ley, dentro de cada proceso a las personas que se hayan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso" (Subrayado de la Sala. Ver Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil Instituto de Estudios políticos. Graficas González. Madrid. 1961. pag. 193). Precisa Carnelutti sobre las dos cuestiones fundamentales a las que debe responder el proceso y que a la vez, constituye su razón de ser: "...media una cuestión de Legitimación; cuando la duda se refiere, no a sí el interés para cuya tutela se actúa esta en litigio, sino a sí actúa para su tutela quien deba hacerlo..." (Ver. Carnelutti. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Uteha Argentina. Unión Tipográfico Editorial Hispano América. Buenos Aires 1944. pág. 165). Dentro de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, en particular de la sentencia favorable, se encuentran los presupuestos de la pretensión; a saber: a) la legitimatio ad causam; b) el interés para obrar; y c) en algunos casos el cumplimiento de ciertos requisitos previos para que el Juez pueda proveer sobre el fondo de la controversia, como podría ser, en nuestro ordenamiento procesal, algunos procedimientos especiales, tal la preparación de la vía ejecutiva.

Ahora bien la legitimatio ad causam es uno de los elementos que integran los presupuestos de la pretensión, entendidos estos como los requisitos para

que el sentenciador pueda resolver si el demandante tiene el derecho a lo pretendido y el demandado la obligación que se le trata de imputar; la falta de legitimación acarrea ciertamente que la sentencia debe ser inhibitoria; no se referirá a la validez del juicio ni a la acción, solo será atinente a la pretensión, a su presupuesto.

Se trata pues, de una valoración que debe realizar el sentenciador sobre la pretensión, para poder proveer sobre la petición en ella contenida. Así, señala Devis Echandía "como se ve, la legitimación es, en realidad, un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, entendiendo el concepto en su verdadero sentido; es decir que sea procedente la sentencia de fondo. Forma parte de la fundamentación de la demanda en sentido general, pero si falta es más apropiado decir que esta es improcedente, porque así se da mejor idea de la situación jurídica que se presenta; no procede entonces resolver sobre la existencia del derecho o relación jurídica material, y el juez debe limitarse a declarar que esta es inexistente para hacerlo. Y se debe hablar de demanda infundada, cuando no se prueba el derecho material alegado o cuando aparezca una excepción perentoria que lo desvirtúe o extinga." (Ver Hernando Devis Echandía. Tratado de Derecho procesal Civil. Tomo I. Editorial Temis. Bogota. 1961. Pag. 539). En el procedimiento ordinario Civil tal examen previo no puede resolverse in limine, porque no atañe a la validez de la acción ni siquiera a la del proceso; solo puede realizarlo el Juez al momento de entrar el juicio en el conocimiento del fondo, por ser el examen de los presupuestos de la pretensión..."

Cuando el Juez estudia la Legitimación en la causa bien de manera previa como sucede en los procesos especiales o en la etapa final, esto es la sentencia, se encuentra aplicando dos principios, de Justicia y de Seguridad Jurídica. Seguridad Jurídica quiere decir que haya un momento en el cual la cosa juzgada cierre toda posibilidad de nuevo examen del asunto decidido, pues no podemos perder de vista que pertenecemos a una cultura pleitomana, motivo por el cual se administra justicia y se cumple con ese principio entendido como el sistema de derechos fundamentales que la constitución positiva consagra, encontrando el ciudadano una respuesta que en cierta parte soluciona un estado de incertidumbre, pues establecerse judicialmente en un proceso que un sujeto o varios o que todos no se encuentran legitimados, no es un pronunciamiento cualquiera, es una decisión que contribuye con una solución sobre un tema importante y de interés en el conglomerado social.

De todo lo anteriormente expuesto podemos decir que la doctrina mas calificada en lo que concierne a la legitimación en la causa, establece que se trata de saber cuando el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuando el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, y

si demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídica material pueda ser resuelta, o si, por el contrario, existen otras que no figuran como demandantes ni demandados (Hernando Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil).

Señala nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 16 lo siguiente:

“Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos de la ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente”.

La doctrina procesal

La doctrina procesal ha determinado que la legitimación en la causa se erige en presupuesto material de la pretensión y por lo tanto de la sentencia.

Hernando Devis Echandía define el concepto así: "En lo que respecta al demandante, la legitimación en la causa es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos), o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios). Y por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda".

Para Giuseppe Chiovenda "esta condición de la sentencia favorable se puede designar con el nombre de cualidad para obrar... preferimos nuestra vieja denominación de *legitimatío ad causam* (o legitimidad para obrar). Con ella se expresa que para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). Con el nombre de *Legitimatío ad processum* se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de presentarse en juicio por sí o por otros".

Finalmente, Juan Montero Aroca manifiesta que "la posición habilitante para formular la pretensión o para que contra alguien se formule ha de radicar necesariamente en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente, en las afirmaciones que realiza el actor".

Algunos ejemplos de falta de legitimación en la causa en el Código Civil colombiano

La redacción actual del Código Civil permite identificar normas de las cuales deriva inequívocamente la existencia de una exigencia procesal previa (legitimación en causa) a la realización del derecho consagrado en la norma que prevé consecuencias jurídicas de orden sustancial (interés en la causa). A continuación presentamos algunos ejemplos tomados aleatoriamente de la legislación civil colombiana:

ART. 142. La nulidad a que se contrae el número 1 del artículo 140 no podrá alegarse sino por el contrayente que haya padecido el error.

ART. 144. La nulidad a que se contraen los números 3 y 4, no podrá alegarse sino por los contrayentes o por sus padres o guardadores.

ART. 606. El que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo, como tutor o curador, o como tutor o curador sucesivamente, podrá excusarse de continuar en el ejercicio de su cargo; pero no podrá alegar esta excusa el cónyuge, ni un ascendiente o descendiente legítimo, ni un padre o hijo natural.

ART. 607.—Las excusas consignadas en los artículos precedentes deberán alegarse por el que quiera aprovecharse de ellas al tiempo de deferirse la guarda; y serán admisibles, si durante ella sobrevienen.

ART. 1026.—Modificado. D. 2820/74, art. 57. Es indigno de suceder quien siendo mayor de edad no hubiere denunciado a la justicia, dentro del mes siguiente al día en que tuvo conocimiento del delito, el homicidio de su causante, a menos que se hubiere iniciado antes la investigación.

Esta indignidad no podrá alegarse cuando el heredero o legatario sea cónyuge, ascendiente o descendiente de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, o haya entre ellos vínculos de consanguinidad hasta el cuarto grado, o de afinidad o de parentesco civil hasta el segundo grado, inclusive.

ART. 1029.—Finalmente, es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz.

Esta causa de indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que por temor reverencial hubieren podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto; a menos que hayan procedido a la ejecución de la promesa.

ART. 1742. Subrogado. L. 50/36, art. 2°. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés

en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

ART. 1743. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.

ART. 1755. Ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas si no emanan de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad.

Respuesta al tercer problema jurídico

Al tercer interrogante contestamos con apoyo en los artículos 1605, 1884, 1960 y 1962 del Código Civil, que establecen:

ART. 1605. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

ART. 1884. El vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato.

ART. 1960. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

ART. 1962. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.

Conforme a estas tres previsiones del Código Civil observamos que el vendedor que, a pesar de haber transferido el derecho real de dominio no ha hecho entrega de la cosa, debe hacerlo, pues así se lo ordenan los artículos 1605 y 1884 del Código Civil y si el vendedor que está en mora de entregar ha celebrado contrato de arrendamiento con anterioridad a la venta y por razón de la existencia y vigencia de dicho contrato no ha cumplido con su obligación de entregar, debe adoptar todas las medidas necesarias para la conservación de la cosa.

Ahora, la venta de un bien no produce ipso iure la cesión de los contratos que sobre él se hayan realizado. Por ende, si a la venta no prosigue la cesión y la subsiguiente notificación al deudor de dicha cesión, el contrato se entenderá existente entre los contratantes originales, es decir, entre el tradente y el tercero contratante, es decir, entre el arrendador y el arrendatario primigenios y no entre el actual propietario y el arrendatario. Aún en el evento de mediar cesión expresa del contrato de arrendamiento en la compraventa, dicha cesión, conforme a lo previsto en el artículo 1960 del Código Civil, no produce efectos frente al deudor ni frente a terceros hasta tanto no medie la notificación.

En ausencia de la cesión o de su notificación al deudor arrendatario, podrá el arrendador (quien también se identificará como tradente y a la vez cedente) iniciar las acciones judiciales pertinentes para obtener la entrega del bien arrendado y, a su vez, cumplir con la obligación de entregar al adquirente, tal y como se lo ordena el artículo 1605 del Código Civil.

Según la jurisprudencia civil colombiana, el adquirente también estará legitimado para demandar. Así lo establece la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Aceptación tácita por litis contestación. Surge la aceptación tácita de la cesión, en el caso de la litis contestación con el cesionario. ¿Qué quiere decir esto?

Sencillamente que cuando es demandado el deudor por el cesionario sin que antes le hubiere notificado la cesión aquél tiene la alternativa de proponer la excepción, o de no hacerlo. Si la propone, el juez, en aplicación al artículo 1960, deberá decir que la cesión no produce efectos en contra del deudor, quien, en consecuencia queda libre de pagarle al cesionario, por lo menos mientras la cesión no se le notifique. Mas si el deudor no aduce la respectiva excepción, la ley interpreta su silencio en el sentido ya, indicado, o sea, que éste se toma como una aceptación de la transferencia del crédito y que, por lo menos bajo tal aspecto, el deudor ningún reproche tiene que dirigirle a la legitimación del cesionario”. (CSJ, Cas. Civil, Sent. feb. 28/92. M.P. Héctor Marín Naranjo).

Pero, según la jurisprudencia citada, deberá atenerse a la consecuencia procesal prevista en el artículo 1962 del Código Civil, es decir, de no mediar cesión debidamente notificada, sufrirá los efectos de la falta de legitimación por activa, las cuales llevan a dictar sentencia inhibitoria por la falta del presupuesto procesal de capacidad, esto es, por no gozar de la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca.

En conclusión, el tradente de un bien que ha sido arrendado sí se encuentra legitimado para demandar la restitución, quien en todo caso deberá notificar la cesión antes de iniciar el proceso o acudir al trámite judicial de notificación, sin perjuicio de que, al presentar su demanda, ser esta admitida y notificada al demandado, aquél no presente dentro del

término para contestarla o para proponer excepciones previas, como excepción, la de falta de legitimación en la causa por activa por ausencia de notificación de la cesión del crédito, caso en el cual se entenderá que la acepta tácitamente, por estar comprendida en la publicidad que se hiciera de la demanda en el acto de notificación personal.

Respuesta al cuarto problema jurídico

Conforme a las normas, la doctrina y la jurisprudencia citadas, concluimos lo siguiente:

Primero. Con la modificación introducida por el artículo sexto de la Ley 1395 de 2010 (publicada en el Diario oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010) al inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, la excepción de falta de legitimación en la causa puede ser propuesta, según el trámite que se le imprima a la demanda, en tres distintas etapas del proceso: i.- Como excepción previa en el término del traslado de la demanda, en escrito separado (art. 98 C.P.C.); ii.- Como excepción contra las pretensiones del demandante en la contestación de la demanda (art. 92 C.P.C.) y; iii.- Por la vía del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, si se trata de procesos ejecutivos (art. 509 del C.P.C.) o verbales sumarios (Art. 437 del C.P.C.).

Segundo. En cualquiera de los tres casos anteriores, de prosperar la excepción deberá dictarse sentencia, la cual tendrá la denominación de “anticipada” cuando hubiere sido propuesta como previa o por la vía de la reposición, según lo establecido en los artículos 97 *in fine* y 302 del C.P.C.).

Tercero. Por tratarse de una sentencia, cualquiera que sea el caso, deberá siempre darse aplicación a lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que de proponerse una excepción que de origen a pronunciamiento mediante este tipo de decisión, el juez deberá reconocer oficiosamente cualquier otra que ostente el mismo linaje, siempre que el hecho esté plenamente probado, es decir, que si al proponer la excepción de falta de legitimación por activa como previa por unos hechos y el juez no encuentra su fundamento, pero si del estudio de las demás piezas procesales el juez encuentra sustento para declararla por unos distintos, podrá pronunciarse sobre los demás hechos constitutivos de excepción, siempre que se trate de aquellos que soporten la misma excepción de falta de legitimación, por razón de lo previsto en el artículo 305 del C.P.C., que limita la competencia para fallar únicamente respecto de las excepciones que hubieren sido propuestas.

No estimamos, sin embargo, por la misma previsión contenida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que habiendo propuesto como previa la excepción de falta de legitimación en la causa, pueda el juez, en caso de no encontrarla probada, entrar a dictar sentencia anticipada resolviendo otras excepciones no propuestas como la cosa juzgada, la transacción, la caducidad o la prescripción extintiva, en la medida en que la competencia para resolver tales excepciones al inicio del proceso por este tipo de sentencia se limita a su proposición por parte del demandado, bien en el término para contestar la demanda o por la vía de la reposición contra el auto admisorio, aclarando que la última de ellas, la prescripción extintiva, no podrá ser declarada ni aún de oficio en la

sentencia de que trata el artículo 302, por razón de la prohibición contenida en el artículo 2513 del Código Civil, según el cual quien quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, debiendo hacerlo, según el citado artículo 306 a más tardar en la contestación de la demanda.

Cuarto. Por las amplias razones citadas respecto de la naturaleza jurídica de la excepción de falta de legitimación en la causa, la sentencia que se dicte debe ser de naturaleza inhibitoria, pues tal como señala Devis Echandía la legitimación es, en realidad, un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, es decir que sea procedente la sentencia de fondo, sin la cual no puede proveerse sobre la existencia del derecho o relación jurídica material, debiendo el juez limitarse a declarar que esta inhibido para hacerlo, claro está, dentro de los estrictos parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-666 de 1996 que revisó el contenido del numeral cuarto del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “la exequibilidad de los preceptos enunciados se condiciona, además, en el sentido de que las providencias judiciales inhibitorias únicamente pueden adoptarse cuando, ejercidas todas las atribuciones del juez y adoptadas por él la totalidad de las medidas procesales para integrar los presupuestos del fallo, resulte absolutamente imposible proferir decisión de fondo”.

Quinto. Si la excepción es propuesta como previa y no prospera, no podrá ser alegada posteriormente o declarada oficiosamente por el juez en la sentencia que le ponga fin a la instancia, en virtud de los principios de preclusión, lealtad, buena fe y seguridad jurídica.

El profesor Hernán Fabio López Blanco afirma que “el sentido negativo de la decisión de estos hechos en la etapa inicial del proceso, no conlleva una decisión vinculante y definitiva como ha debido ser, pues es posible que el juez vuelva sobre ellas en la sentencia y de hallarla estructurada la deberá declarar”², refiriéndose a la improsperidad de la excepción de falta de legitimación que ha sido propuesta como previa, cuando es resuelta mediante auto y no mediante sentencia anticipada, en el entendido que tal posibilidad -la de dictar anticipadamente sentencia-, sólo está prevista en el evento de prosperar una de las excepciones perentorias que ha sido propuesta como previa.

Disiento de la anterior posición por virtud de los mencionados principios de orden legal y constitucional, según los cuales, cuando una situación ha sido resuelta bien mediante sentencia o mediante auto, no podrá volver el juez sobre ella, salvo que medie expresa autorización del legislador, pues varias previsiones contenidas en el propio Código de Procedimiento Civil indican la prohibición de revivir situaciones ya debatidas en las respectivas etapas y en especial aquellas que fueron materia de excepciones previas (ej. arts. 140, 143) en virtud del principio de la preclusión de los actos procesales.

El vocablo preclusión proviene del latín *occludere*, que significa cerrar. De allí que cuando se habla de oclusión (abrir y cerrar) se habla también de clausura. Si, por una parte la eventualidad impide que el proceso continúe hasta tanto no se ha agotado la etapa

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ley 1395 de 2010, reformas al Código de Procedimiento Civil. Dupré Editores. 2010. Pág. 32.

procesal, la preclusión impide que una vez agotada la etapa se pueda volver sobre ella, pues está íntimamente ligada a otros dos principios de rango legal, como son la seguridad jurídica y la celeridad. Seguridad jurídica, en la medida en que se impide que una situación pueda ser debatida dos veces o más (*non bis in idem* que traduce “no dos veces por lo mismo”), y celeridad, en la medida en que garantiza que ninguna persona permanezca más del tiempo necesario en estado de indefinición jurídica o afecto a un proceso judicial (*sub judice*).

Ahora, de acuerdo con los principios de buena fe y lealtad, en las actuaciones procesales, las partes deberán obrar con rectitud, honestidad, probidad, publicidad y responsabilidad. En tal virtud, a las partes no se les permitirán conductas que tiendan a entorpecer el normal curso del proceso, la formulación de recursos abiertamente improcedentes, la presentación de pruebas tardías o el retiro de las presentadas oportunamente, las afirmaciones o negaciones maliciosas o impertinentes, las imputaciones deshonorosas y las citas inexactas o descontextualizadas, entre otras. Así, a la parte se le prohíbe pedir o presentar pruebas después de cerrada la oportunidad probatoria, o bien retirar las que le desfavorecen después de haberlas socializado.³

Según los postulados anteriores, quien formule una excepción perentoria por la vía de las previas, se asegura de fundarla en hechos que estima están suficientemente probados en el proceso, pues a pesar de que, como previas, se resuelven desde el inicio del proceso, es claro que de prosperar le ponen fin, y mal haría el juez, habiéndolas desechado en cuanto a sus fundamentos fácticos o jurídicos, volviendo sobre ellas en la sentencia posterior, pues para ello estaría aceptando incurrir en una de tres situaciones que, según lo visto, están proscritas por la ley como son: i.- La admisión de nuevas pruebas en etapas posteriores a la *litis contestatio* (art. 174 C.P.C.); ii.- El cambio de opinión respecto de puntos de derecho (Art. 309 C.P.C.). iii.- La decisión posterior sobre excepciones previas ya resueltas.⁴

Es necesario aclarar que la excepción de falta de legitimación en la causa, de ser propuesta como previa, tiende a resolver un punto específico de la litis anticipadamente y es si la parte que reclama un derecho es la autorizada por la ley sustancial para comparecer a litigarlo. Mal haría entonces el juez que al resolver negativamente la excepción y por lo tanto autorizar el ejercicio activo del derecho a la parte que lo reclama, vuelve sobre el mismo punto al finalizar la instancia, después de haberle permitido a la parte desplegar toda su actividad bajo el supuesto de que podía ejercitarlo, en abierto desacato al principio de confianza que reviste las actuaciones judiciales, bajo la premisa del “control de legalidad”, el cual en modo alguno se erige en una excepción al principio de la preclusión, sino, más bien, como un desarrollo al principio de la oficiosidad, ya explicado respecto del contenido del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

³ NISIMBLAT, Nattan. Los moduladores del proceso de Tutela. 2009.

⁴ NISIMBLAT, Nattan. “La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional y el principio del Estoppel en el Derecho Anglosajón”. Revista Universitas. Bogotá (Colombia) N° 118: 15-30, enero-junio de 2009.

De aceptarse esta teoría, estaríamos entendiendo que tanto la excepción de falta de legitimación en la causa, como las de prescripción extintiva, transacción, cosa juzgada y caducidad pueden ser propuestas, probadas y resueltas dos veces en el proceso, la primera como excepción previa y la segunda como perentoria, lo cual daría una injusta ventaja al demandado, rompiendo así, además, con el principio de igualdad en las cargas procesales.

Sexto. Mediante sentencia C-070 de 1993 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del parágrafo segundo del numeral segundo del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, determinando que si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquel. Sin embargo, a partir de 2004, la Corte ha dictado diferentes sentencias de tutela en las que ha ordenado inaplicar, en el caso específico bajo análisis, la norma que determina que no puede ser oído en el proceso el demandado que no acredita el pago de los cánones de arrendamiento⁵.

En sentencia T-067 de 2010 la Corte definió la existencia de una “subregla que ha de ser empleada cuando existen serias dudas sobre la existencia del contrato de arrendamiento⁶. Según esta subregla, no debe exigírsele al demandado, para poder ser oído dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado, la prueba del pago o la consignación de los cánones supuestamente adeudados. Lo anterior en razón de no existir certeza sobre la concurrencia de uno de los presupuestos fácticos de aplicación de la norma, para el caso, el contrato de arrendamiento.”

Al respecto la sentencia precisó que “los numerales 2º y 3º del parágrafo 2º del artículo 424 del CPC de manera general contienen una regla según la cual los demandados dentro de un proceso de restitución de inmueble arrendado, para ser oídos, tienen que consignar los cánones que supuestamente adeudan o en su defecto, demostrar que ya los cancelaron. Ahora bien, esa misma disposición en su parágrafo 1º establece que a la demanda de esta clase de procesos deberá acompañarse, como anexo obligatorio, prueba siquiera sumaria del contrato de arrendamiento, de lo cual se desprende que si no se ha probado la existencia del respectivo negocio jurídico, no es posible la continuación del trámite procesal.⁷ Se deduce, por tanto, que la aplicación de la regla que establece la carga

⁵ Al respecto consúltense las sentencias C-070 de 1993, C-056 de 1996, T-765 de 1998, T-001 de 1999, SU-1185 de 2001, C-070 de 2003, C-122 de 2004, T-838 de 2004, T-162 de 2005, T-494 de 2005, T-035 de 2006, T-326 de 2006, T-601 de 2006, T-613 de 2006, T- 150 de 2007, T-086 de 2007, T-339/09 y T-067/10, todas de la Corte Constitucional, que contienen la línea trazada por el alto tribunal en materia del pago de cánones en proceso de restitución de inmueble arrendado cuando existan serias dudas acerca de la obligación de pagar, de la existencia del contrato o de la legitimación en la causa del demandante.

⁶ Ya sea porque éstas han sido alegadas razonablemente por las partes o, porque el juez así lo constató dentro del proceso a partir de los hechos probados.

⁷ "Artículo 424. Restitución del inmueble arrendado. Cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las siguientes reglas:

PARÁGRAFO 1o. Demanda y traslado.

procesal en cabeza de los demandados presupone la verificación de la existencia real del contrato de arrendamiento, prueba que se torna fundamental para otorgar las consecuencias jurídicas que contiene la norma que se pretende aplicar, esto es, limitar el derecho de defensa del demandado hasta tanto no cumpla con las cargas establecidas en la respectiva disposición.”

Lo anterior, en principio, apunta a la verificación jurisprudencial de un caso de falta de legitimación por activa que determinaría la inobservancia de la regla general contenida en el artículo 424 del C.P.C., cuando en el proceso existan serias dudas de la existencia del contrato de arrendamiento o de la calidad de arrendador del demandante. Sin embargo, los lineamientos dados por la Corte en la construcción de la subregla no permiten afirmar esta conclusión, es decir, que en el evento en que se permitiere al demandado ser oído a pesar del no pago de los cánones afirmados por el demandante, ello no comportaría per se la declaratoria de falta de legitimación en la causa por activa, pues de lo que se trata es de definir si el demandado tiene o no el derecho a su defensa plena siendo escuchado y no si el demandante tiene o no la legitimación para demandar.

Ahora, si el demandado propone como excepción previa la falta de legitimación en la causa por activa y para ello se apoya en los mismos elementos fácticos que la petición de ser escuchado sin cancelar los cánones que se afirman como adeudados, nada impide que el juez se pronuncie sobre tal excepción haciendo eco del mismo auto que liberó al demandado del pago de cánones, pero tal situación deberá ser declarada mediante sentencia anticipada y no mediante auto, pues el primero, además de atípico por ser de creación jurisprudencial, resuelve tan solo la petición de ser escuchado y no pone fin al proceso, mientras la segunda, tipificada en el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, pone fin a la instancia con las consecuencias procesales ya señaladas.

Bibliografía

CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Volumen I, Conceptos fundamentales, la doctrina de las acciones, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición. México D.F. 1989.

1. A la demanda deberá acompañarse prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de éste prevista en el artículo 294, o prueba testimonial si quiera sumaria.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Contestación, derecho de retención y consignación.(...)

2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos periodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos periodos, en favor de aquel.

3. Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo.

COUTURE, Eduardo Juan. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Ediciones Depalma. 3ra. Edición. 1958.

COUTURE, Eduardo Juan. "Estudios de Derecho Procesal Civil". Tomo II, EDIAR, Buenos Aires, 1949.

COUTURE, Eduardo Juan. "Introducción al estudio del proceso civil". Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.

MONTERO AROCA, Juan. "La Legitimación en el Proceso Civil: Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él", Editorial Civitas, S.A., primera edición, 1994.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ley 1395 de 2010, reformas al Código de Procedimiento Civil. Dupré Editores. 2010.

NISIMBLAT, Nattan. Los moduladores del proceso de Tutela. Ediciones Universidad Católica de Colombia. 2009.

NISIMBLAT, Nattan. "La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional y el principio del Estoppel en el Derecho Anglosajón". Revista Universitas. Bogotá (Colombia) N° 118: 15-30, enero-junio de 2009.