

como, muchas personas ya "aprendieron" a evadir las citaciones o el posterior aviso de notificación.

A pesar, que el legislador ha intentado a través de varias reformas al

LA TEORÍA DE LA IMPOSIBILIDAD LEGAL PARA QUE EL CURADOR AD LITEM FORMULE EN NOMBRE DEL DEMANDADO LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE UNA OBLIGACIÓN

A esta de una tesis esponsorada por el Magistrado del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor MANUEL JOSÉ PARDO

DR. LUIS ANTONIO ROJAS NIEVES*

Hasta hace poco más de un año, no admitía discusión la posibilidad o facultad para que un curador ad litem designado para representar un demandado contumaz o ilocalizado, bien en proceso ordinario o generalmente en los procesos ejecutivos, presentara o formulara la excepción de prescripción de la obligación o de la acción cambiaria o la ejecutiva a nombre de su representado.

Casi era sacrilegio jurídico pensar lo contrario y resultaba impensable atacar la legitimación del curador ad litem, para proponer tal defensa, so pena, generalmente de ser tildado casi como ignorante jurídico en esa materia.

No obstante, con el transcurso del tiempo y presentadas varias circunstancias, en el ejercicio profesional de muchos litigantes demandantes, que pudiesen considerarse desventajosas, al enfrentarse a la excepción de prescripción formulada por un curador ad litem, pues el demandante, no pocas veces sentía luchar contra una parte con escudo legal inexpugnable e incontrovertible, como más adelante se examinará.

En nuestro quehacer judicial colombiano, abundan los casos, especialmente de procesos ejecutivos, en donde los deudores demandados no comparecen en forma personal a recibir notificación de la orden de pago y generalmente por contumacia, pues como es sabido, ha imperado durante mucho tiempo, la cultura de ocultarse ante una citación de una autoridad judicial. Aunque las nuevas normas castigan la rebeldía a comparecer, se han ideado mecanismos para evadir esas consecuencias y así, hoy vemos

1. LA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE EXTINGUIR OBLIGACIONES

* Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Procesal del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, ex jefe del departamento de procesos judiciales del Banco del Estado y abogado litigante.

como, muchas personas ya “aprendieron” a evadir las citaciones o el posterior aviso de notificación.

A pesar, que el legislador ha intentado a través de varias reformas al proceso civil, evitar o castigar ese tipo de conductas, tal cultura no ha podido ser erradicada totalmente y uno de los factores que contribuye a las mismas, es del de poder ser representado por un curador ad litem y que tal auxiliar proponga la prescripción como medio para liberarse de su obligación. (Estar pero indirectamente).

A raíz de una tesis esbozada por el Magistrado del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, doctor MANUEL JOSÉ PARDO CARO, sobre el particular, la mayoría de las veces expresada en salvamentos de voto y como decisión definitiva expresada en la providencia de fecha 24 de marzo de 2004, en proceso ejecutivo de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra Mónica Rudd Herrera y Otra, se abrió por lo menos, la discusión en los diferentes foros jurídicos y corrillos de juzgados.

Aceptar lo contrario, sería suponer que el demandado no puede interrumpir o renunciar a la prescripción, o aceptar que el curador sí puede disponer del derecho pero en un solo sentido. Cabe precisar que la providencia referida, triunfó en ese caso, pero con una aclaración de voto que compartió la tesis por llegar al mismo resultado, pero no por compartir sus consideraciones y además el tercer integrante de la sala, salvo su voto.

En nuestro sentir, la tesis mayoritaria que aboga por la facultad innegable del curador ad litem para formular la figura extintiva, no ha leído con detenimiento los juiciosos, serios y coherentes argumentos expuestos por el Doctor Manuel José Pardo Caro en sus pronunciamientos en varios casos sometidos a su conocimiento, limitándose algunos a tildar la tesis de descabellada y otros atacándola, con argumentos que no rebaten la integridad de las bases de la tesis contraria.

A renglón seguido, presentamos en forma resumida los argumentos que soportan la tesis en el sentido que el curador ad litem no está facultado para proponer la excepción de prescripción de una obligación, en nombre de su representado.

1. LA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE EXTINGUIR OBLIGACIONES

En honor a la brevedad, basta con decir, desde el punto de vista extintiva de la figura, que además de brindar seguridad en las relaciones jurídicas y

permitir acabar con la incertidumbre perpetua, se trata de aplicar un castigo para el acreedor o propietario negligente.

Según voces del artículo 2513 de nuestro código civil, la prescripción debe **alegarse por aquellos que quieren aprovecharse de ella** y por tanto es vedado para el Juez su declaratoria oficiosa.

A más de lo dicho, la Ley 791 de 2002, en su artículo 2º, dispuso agregar un inciso segundo al artículo del código civil, citado en el párrafo anterior, ampliando la legitimación para presentar la prescripción por vía de acción o por vía de excepción a los acreedores del favorecido con la figura o por la persona que tuviese interés en que sea declarada, así el beneficiario de la prescripción hubiese renunciado a la misma.

Como vemos, la legitimación para invocar la prescripción requiere que se tenga un interés y legalmente resulte viable para tal interés, oponerse al ejercicio de la facultad de alegarla, en principio, en cabeza del prescribiente.

No encontramos, disposición legal alguna que faculte al curador ad litem para ejercitar la "facultad" de proponer la prescripción, radicada en cabeza de su representado. ¿Cómo puede el auxiliar de la justicia saber, en qué sentido un deudor ejercería la facultad de alegar la prescripción? ¿De dónde se puede deducir que el curador está facultado para ejercer en un sentido u otro, una facultad de su representado?

Distinto es el caso de los legitimados terceros para proponer la defensa, pues ellos normalmente tienen un interés sustancial y aprobado por la ley, como sería recomponer el patrimonio de un deudor o mejorar las probabilidades de pago de un crédito respecto de otro.

2. LA CALIDAD DE LA CURADURÍA AD LITEM EN ESTOS PROCESOS

La curaduría ad litem especialmente en los procesos de tipo ejecutivo tiene un carácter especial y dativo, esto es, el juzgador designa un auxiliar de la justicia para un pleito en particular, reglado por los artículos 435, 443 y 583 del Código Civil. Es lo que ha denominado en sus pronunciamientos, el magistrado Caro Pardo, "curaduría ad litem para pleito".

Esta curaduría, se hace necesaria para representar a las personas que a pesar de haber sido convocadas conforme lo ordena la ley, no lo hacen y difiere radicalmente de la curaduría para personas incapaces o con algún tipo de interdicción.

3. ACTOS QUE PUEDE EJERCER EL CURADOR

Al auxiliar de la justicia en procesos, de la naturaleza como el de los ejecutivos, le está prohibido legalmente:

- Ejercer el derecho de disposición en nombre de su representado, es decir, no puede, transigir, ni conciliar, ni realizar otros actos que impliquen disposición de derechos. En este sentido el magistrado tantas veces citado expone: *“Las facultades del curador ad litem, ciertamente, están restringidas por la ley. Así, por ejemplo, no puede transigir el litigio pues, es obvio, carece de poder para ello (art. 24780-2471 del C.C.); tampoco puede conciliar porque la ley lo prohíbe (art. 101 del C. de P.C.), ni confesar (art. 197 lb.)”*.

• Tal y como lo dice el artículo 46 del C. de P.C. que el curador ad litem designado para un pleito, puede actuar y realizar todos los actos que no estén reservados a la parte misma, refiriéndose a actos procesales, sin que pueda recibir y menos disponer del derecho en litigio.

Surge de lo anterior, la columna vertebral o uno de los pilares fundamentales, que llevan a pensar seriamente que el curador ad litem de manera alguna puede tener la facultad de formular defensas en nombre de su representado que en su sustancia impliquen derecho de disposición del derecho que se ventila ante la jurisdicción.

Refiriéndose a este tema, el magistrado exponente de la presente tesis concluye: *“...Así que si el demandado representado por el curador ad litem no concurre y la alega, aquél no puede alegarla en su nombre, porque, además de no otorgarle la ley esa facultad, su representado bien hubiera podido optar por no alegarla y en tal evento el juez no podría declararla de oficio por prohibición expresa de la ley. Y es más: el demandado hubiera podido también optar por interrumpir o por renunciar a la prescripción, eventos que pueden darse simplemente con la no proposición de la excepción o mediante confesión si la propusiere...”*.

Por ello es muy factible pensar que al proponer la excepción de prescripción, el curador ad litem, está disponiendo del derecho, facultad reservada sólo para la parte misma.

Aceptar lo contrario, sería suponer el que demandado no puede interrumpir o renunciar a la prescripción, o aceptar que el curador sí puede disponer del derecho pero en un solo sentido.

Nótese como la ley, en ninguna parte faculta al curador ad litem para actuar o proponer defensas reservadas para la parte misma, el expositor de la tesis concluye que la función es la de velar para que el pleito donde ha sido designado, se lleve a cabo con las ritualidades que comportan el debido proceso, dentro de él, controvertir pruebas para enervar pretensiones, impugnar decisiones judiciales que declaren derechos o impongan obligaciones que puedan adolecer de soporte legal o demostrativo procesal.

Parece que tal opinión, sería tajante en cuanto que definitivamente el curador ad litem, no podría formular en nombre de su representado ninguna excepción, pero la verdad, tampoco sería ese extremo, pues lo que se trata es de demostrar que la excepción de prescripción no la puede formular el curador ad litem, pues conlleva en su fondo, una facultad de disposición del derecho en cabeza de su titular, situación vedada al auxiliar de la justicia. Pero ello no impide en nuestro concepto, que el curador ad litem puede formular excepciones basadas en violaciones legales o contractuales o de aquellas que simplemente se traten de puro derecho y que no lleven inmersa la facultad de disposición. Así, a manera de ejemplo, un curador ad litem, designado para representar un deudor en proceso ejecutivo con fundamento en un título valor, bien puede esgrimir a favor de su representado, las defensas encaminadas a demostrar que tal documento carece de los requisitos que la ley exige. En este caso para nada interviene la facultad del titular pasivo del crédito, pues comparezca o no comparezca, se trata de confrontar el documento base de la ejecución con los requisitos de la norma que lo regula.

4. DESVENTAJA PROCESAL DE LA PARTE ACTORA

La tesis concluye que permitir que el curador ad litem proponga sin más la excepción de prescripción, coloca en franca posición de desventaja, para probar muchos hechos que pueden haber ocurrido y que por existir curador en la contraparte, no tiene acceso a esos medios de prueba.

Un ejemplo típico tratado por quien expuso judicialmente la teoría que estudiamos, se presenta cuando el demandado deudor, muchas veces ha **realizado hechos que conllevan el reconocimiento de la obligación**, de manera verbal, interrumpiendo o renunciando al término prescriptivo, siendo que el medio idóneo para probar al juez tales hechos, es el interrogatorio de parte. Aquí el deudor si bien tiene contacto con su acreedor, se "esconde" del proceso en donde ha sido citado y se cuida de dejar otros rastros,

susceptibles de demostrar con otros medios de prueba. Si ese deudor está representado por curador ad litem, no puede el demandante procurar probar la interrupción o renuncia de la prescripción, pues el interrogatorio de parte le será negado.

¿O será posible que el Juez decrete un interrogatorio de parte, de alguien que no concurrió al proceso y es representado por intermedio de curador ad litem, para seguir la vía de declararlo confeso? La verdad no conozco casos en este sentido, pues resulta difícil para un juzgador, decretar un interrogatorio de parte, que no ha sido vinculado directamente, conforme lo ordena la ley.

Como vemos, el deudor, no existe para concurrir al proceso, porque no quiere, se oculta, cambia de dirección, pero si existe, habla con el acreedor, pero se niega a concurrir al proceso. Estos hechos se pueden demostrar, con un interrogatorio de parte, pero este camino está cerrado, ya que el proceso se tramita con curador ad litem.

En síntesis, no se puede premiar a un deudor que se oculta ante el proceso, para que sea representado por curador ad litem y este último en ejercicio de su cargo ejerza actos que implican disposición del derecho, facultad reservada únicamente para la parte que ostenta la titularidad del mismo y que la mayoría de las veces, no concurre al proceso ocultándose y evadiendo las reglas procesales para que se tenga por notificado y evita ser confrontado ante el juez .

No son pocas las veces que se comenta en el quehacer del litigante, los casos en que se patrocina al curador ad litem para proponer la excepción de prescripción y para que no lleve a cabo acto alguno, para hacer comparecer a su representado.

5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Finalmente, el jurista magistrado doctor Caro Pardo, expone como una de los posibles razones para pensar que la ley no le otorgó al curador ad litem, la facultad de disponer del derecho, tiene apoyo en la aplicación del principio de rango constitucional de la buena fe contractual, hallando en su no aplicación una de las causas, para que en la actualidad en Colombia, impere la “cultura del no pago”.

La verdad es que esa llamada “cultura del no pago”, ha sido patrocinada por abogados que buscan siempre esquivar la ley, birlar la norma y aprovecharse de las disposiciones creadas por el legislador para proteger

la igualdad de las partes y las partes menos favorecidas, para sacar beneficio particular atropellando o por lo menos deshonrando las conductas que caracterizan la buena fe contractual y utilizando entre ellas, la posibilidad de esgrimir la prescripción a través de un curador ad litem, sin necesidad de ser confrontado en juicio.

6. ALGUNOS ARGUMENTOS DE LA TEORÍA CONTRARIA

La admisión de la teoría de la imposibilidad para que el curador proponga la excepción de prescripción, convierte la curaduría ad litem en un hecho simplemente formal, lo que directamente afectaría la igualdad de las partes. Aducen que siendo la función del curador ad litem, defender a su representado, no existe limitación alguna en tal orientación y que lo contrario viola el principio del derecho de defensa del demandado.

Sobre lo dicho, es fácilmente rebatible, pues no está afectada la igualdad de las partes, si el curador vela por el debido proceso en cuanto a sus ritos procesales, controversia de los medios probatorios, confrontación de la realidad procesal con la ley y por el contrario, existe desigualdad pero en contra del demandante, cuando se enfrenta a una excepción de prescripción formulada por un curador, al que no puede interrogar sobre hechos relativos a la relación sustancial, se litiga contra una especie de fantasma, por lo intocable que se hace. Además como ya también se manifestó, la prescripción se encuentra o requiere la expresión de la voluntad del prescribiente en uno u otro sentido, esto es, ejercer su facultad de disponer de un derecho, ejercicio vedado legalmente para el curador ad litem

Otro argumento que se oye en contra de la presente tesis, es que la prescripción es un tema de puro derecho que implica confrontar la norma frente al tiempo transcurrido, pero como se dijo antes, no es una simple confrontación, pues la operancia de la prescripción y su declaración por la justicia, requiere de la intervención de la voluntad del prescribiente, la cual puede ser en uno u otro sentido, siendo imposible para el curador ad litem, adivinar tal sentido y no estándole permitido, esgrimir una defensa que aparentemente conlleva ventaja para su representado.

7. A MANERA DE RESUMEN

Los fundamentos que llevan a concluir sobre la falta de legitimación del curador ad litem para proponer la prescripción por vía de excepción son:

- La prescripción debe ser alegada por quien es favorecido o tiene interés en ella, no siendo posible que el juez la declare de oficio.
- Siendo susceptible, la prescripción, de ser interrumpida o renunciada, tales hechos sólo los puede realizar el prescribiente.
- La curaduría ad litem, no es un cargo a favor de personas incapaces, sino a favor de personas que no comparecen a un proceso.
- Las funciones del curador ad litem se encuentran enmarcadas en velar por el cumplimiento del principio constitucional del debido proceso, sin que pueda disponer del derecho en litigio.
- Permitir al curador ad litem proponer tal figura exceptiva vista, coloca a la parte demandante en franca desigualdad para demostrar la interrupción o renuncia de la figura.
- La aplicación del principio constitucional de la Buena fe, es soporte fundamental por la cual el legislador no otorgó la facultad al curador ad litem de disponer del derecho en litigio de su representado.

Si bien es cierto, desde siempre ha imperado la noción de permitir al curador la formulación de la prescripción como defensa, no se puede desconocer que los argumentos de esta tesis, por lo menos tildada de novedosa por algunos de sus contradictores, merecen un espacio mayor de reflexión, pues debemos recordar que las últimas reformas procedimentales en materia civil, en un alto porcentaje se han encaminado a erradicar la cultura de no pago, imperante en nuestro país, a la agilización del cobro coactivo de las deudas, atacando las conductas tendientes al no cumplimiento de obligaciones, direcciones a las cuales, sin lugar a dudas contribuiría el cambio jurisprudencial que hasta hoy impera, respecto del tema propuesto.

7. A MANERA DE RESUMEN

Los fundamentos que llevan a concluir sobre la falta de legitimación del curador ad litem para proponer la prescripción por vía de excepción son: