

DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN Y DE LA FUNCIÓN DEL CURADOR AD LITEM EN EL PROCESO EJECUTIVO

DR. LUIS FELIPE MARÍN CHARRIS

Con estas cortas letras he querido hacer unas pequeñas reflexiones en torno al tema de la función y papel que juega el curador ad-litem dentro de los procesos ejecutivos hoy en día, motivado, debo ser sincero en ello, por una posición que viene abriéndose paso, en buena hora, en nuestro Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sala Civil¹ con relación a la posibilidad que tiene este auxiliar de la justicia de invocar como medio de defensa del representado-demandado, la excepción de prescripción extintiva del derecho.

DE LA FIGURA DEL CURADOR AD-LITEM.

Uno de los orígenes remotos de esta figura la encontramos en el derecho romano, en presencia del procedimiento formulario, en la etapa del procedimiento in iure; en donde era necesario y fundamental que las dos partes concurriesen a la instancia y era así como el demandado se obligaba a concurrir al proceso, otorgando incluso caución –*vindex*–. Dentro del procedimiento formulario se establecía la posibilidad de que las partes acudiesen al foro mediante mandatarios en justicia, dentro de los que se encontraban el *cognitor*, el *procurator* y los *tutores* o *curadores*, siendo la figura del *procurator* la que más se asemeja hoy en día a la figura del curador ad-litem, ya que tenía la facultad de representar al demandado en ausencia e ignorancia del adversario y la acción *judicati* no se producía en contra o a favor del mandante, de ahí que fuese común que el demandante exigiese al *procurator* prestar una caución afianzada por fiadores que garantizaran que el presunto mandante ratificaría el resultado del proceso, ya que en la mayoría de las ocasiones se temía que este *procurator* actuaba sin mandato².

¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Pardo Caro; Ejecutivo de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra Mónica Rudd Herrera y Carolina Rudd Herrera.

² EUGÉNE PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Nacional, México 1980, pág. 629.

La figura del curador ad litem hoy en día se encuadra en nuestro derecho procesal como un auxiliar de la justicia³, cuya función primordial es la de garantizar el derecho de defensa del ausente y representarlo en todas las actuaciones judiciales en el litigio, en aras del cumplimiento de dicho propósito. A este respecto nuestro alto Tribunal Constitucional ha indicado: *"El curador ad litem, también llamado para el pleito, como se recordará, es un abogado titulado que actúa en un proceso determinado en representación de una persona que no puede o no quiere concurrir al mismo y cuya función termina cuando el representado decidiera acudir personalmente o mediante un representante. Dichos curadores especiales son designados por el juez del conocimiento y sus deberes, responsabilidades y remuneración son las mismas que rigen para los auxiliares de la justicia. El curador ad litem está autorizado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como designar apoderado judicial bajo su responsabilidad; sin embargo, no se le permite recibir ni disponer del derecho en litigio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del C.P.C.*

*La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa"*⁴.

La regulación de la figura del curador ad litem no tiene su consagración legal exclusivamente en nuestro derecho adjetivo, sino también en el derecho sustancial, como bien lo ha indicado la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁵, encontrando dentro de nuestra legislación dos clases de curadores, unos los llamados curadores generales cuyo encargo se extienden no solo a los bienes de sus pupilos, sino a estos últimos⁶ y los curadores especiales, que se designan para una gestión particular⁷. De igual manera nuestra legislación civil establece que las curadurías pueden ser testamentarias, legítimas o dativas, siendo esta última la que nos ocupa en esta oportunidad y, toda vez que es la que es conferida

³ Art. 9 numeral 1, literal a) del C.P.C.

⁴ Corte Constitucional Colombia, Sentencia No. C-250 de fecha 26 de mayo de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ *Ibídem*, pág.1 Nota 1.

⁶ Arts. 428, 430 del C.C.

⁷ Art. 435 del C.C.

o encargada por el magistrado o Juez⁸, recalcando la ley que esta última especie, es una curaduría especial designada por la judicatura o prefectura encargada del pleito⁹.

Pero la anterior clasificación tiene una significación importantísima para el tema que nos ocupa, ya que cuando hablamos de las curadurías generales, se les encarga de la administración de los negocios del pupilo por la inhabilidad e imposibilidad de éstos para realizarlos directamente, e incluso pueden realizar actos dispositivos del patrimonio del pupilo, obviamente si media autorización o decreto judicial en tal sentido y, por lo mismo, al mencionado curador se le impone la obligación no solo de discernir su cargo, sino de realizar un inventario solemne de los bienes del pupilo, con la correlativa obligación de conservación y custodia de dichos bienes. Contrario sensu, al curador especial dativo para el pleito, nuestra legislación sustancial civil no le impone la obligación de efectuar un inventario¹⁰, con una razón totalmente lógica, ya que su gestión no envuelve, ni la administración ni mucho menos la disposición del derecho en litigio, sino específicamente asegurar el respeto al debido proceso, el derecho de defensa del ausente en la actuación judicial como atrás expusimos.

En nuestro estatuto procesal civil están claramente definidas las facultades y obligaciones del curador ad-litem, enseñándonos que está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio¹¹.

En términos generales podemos encontrar como actos reservados para la parte misma, que no puede realizar el curador, el de solicitar el amparo de pobreza, transigir total o parcialmente, confesar, conciliar, desistir.

Cuando la ley señala que el curador no pueda recibir, ni disponer del derecho en litigio a ¿qué está haciendo referencia?, claramente a que cualquier acto procesal relacionado con el litigio no puede implicar ni la facultad de recibir, ni disponer del derecho controvertido aunque parezca una perogrullada, por las razones que hemos anotado anteriormente, ya que al ser un encargo exclusivamente para el pleito todo acto suyo solo

⁸ Art. 443 del C.C.

⁹ Art. 583 del C.C.

¹⁰ Art. 584 del C.C.

¹¹ Art. 46 del C.P.C.

está encaminado a garantizar que se le respete el debido proceso, el derecho de defensa del ausente en la actuación judicial y no para actos distintos como hemos señalado.

DEL PRECEDENTE JUDICIAL QUE ESTABLECE QUE AL CURADOR AD LITEM NO LE ES VÁLIDO OPONER LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O ADQUISITIVA EN EL PLEITO.

Sea este el momento para aplaudir a título personal el esfuerzo dialéctico e interpretativo del fallo¹² que me lleva a escribir estas breves reflexiones, proferido por una de las salas de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, integrada por los Magistrados Dr. Manuel José Pardo Caro, María Teresa Plazas Alvarado y Ana Lucía Pulgarín Delgado, ya que decisiones de esta naturaleza hacen resurgir el principio de la iura novit curia; donde es el juez quién dice o declara el derecho y prueba de manera fehaciente que los problemas jurídicos o del derecho y del proceso, no se solucionan a la luz de simples reformas legislativas, sino lo más importante y primordial, se solucionan con base en las reformas de pensamiento y de formación jurídica de los operadores –jueces y abogados–; ya que si acudimos al sinnúmero y multiplicidad de disposiciones existentes, utilizando los principios generales del derecho, del proceso, de la hermenéutica jurídica acompañadas de nuestra Constitución, encontraremos soluciones justas, prácticas y legales, sin tener que acudir por cualquier dificultad jurídica a una reforma legislativa.

Dentro de esa tardía reforma de pensamiento y de formación jurídica, hemos sido culpables todos los abogados, primero como estudiantes y después como profesores, al no seguir, fomentar y dirigir el estudio y la enseñanza del derecho al libre pensamiento, a la creatividad, sino simplemente a la repetición de disposiciones y a la aplicación de reglas formularias que más que garantizar el debido proceso o el derecho de defensa, lo que propugnan son en la tardía administración de justicia, sin garantizar de modo alguno los derechos fundamentales de quien acude al aparato jurisdiccional, fomentando la violencia que hoy nos acongoja.

Una simple reforma, no va a generar ningún cambio, si quienes aplicamos las normas no cambiamos nuestra tradicional forma de pensar y modo de afrontar los problemas jurídicos. Aquellas soluciones o resoluciones que

¹² *Ibidem*, pág. No. 1, Nota 1.

en ocasiones nos provocan o producen risa o nos hacen descalificar la idoneidad y calidad profesional de determinados colegas, pueden en un determinado caso ser la solución precisa a un determinado asunto jurídico, siendo entonces necesario patrocinar las nuevas corrientes del pensamiento jurídico, y aplaudir a quienes se atreven y arriesgan a producir verdadero derecho, invirtiendo los papeles, haciendo que lo que nos produzca risa sea ese paquidermismo jurídico, ese conservadurismo jurídico y aquellos abogados y jueces que con el respeto y apego a las tradicionales soluciones, son quienes de manera indirecta patentizan y fomentan las argucias y prácticas antiéticas dentro de nuestra bella y loable profesión.

En retorno a nuestro ensayo, podemos indicar que si las facultades y obligaciones del curador ad-litem son tan restringidas, el problema jurídico se centra en determinar si un curador ad-litem al formular la excepción de prescripción extintiva, ¿está disponiendo del derecho en litigio del ausente del proceso o no?

Frente a dicho cuestionamiento nuestro Tribunal¹³ en el fallo varias veces mentado lo soluciona de una manera muy clara, la cual comparto plenamente al señalar: "(...) Mientras comparece al proceso su representado, el curador *ad litem* solamente "está facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma [...], pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio" (art. 46 lb). Es por ello que no está facultado por la ley para proponer excepciones que, en el fondo, impliquen disposición del derecho litigado como lo es la de prescripción de la acción o la adquisitiva del dominio de las cosas por cuanto la ley sustancial civil en su artículo 2513 establece que "El que quiera aprovecharse [de ella debe alegarla] y que el juez no puede declararla de oficio". Así que si el demandado representado por el curador *ad litem* no concurre y la alega, aquel no puede invocarla 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. Empero, esto último no puede darse cuando la propone el curador *ad litem* porque el actor está imposibilitado al interrogarlo y, entonces, se le coloca en una posición desigual frente al demandado".

¹³ Ibidem, Nota 1, pág. 1.

Dicha restricción para el curador ad litem, de proponer la excepción de prescripción, encuentra también sustento en la circunstancia de que la interposición de la precitada excepción, comporta la disposición de un derecho y no simplemente el ejercicio o cumplimiento de un deber o una carga o una facultad procesal, por el contrario, la oposición de la excepción de prescripción implica la disposición de un derecho subjetivo y personal, que no es otro que el derecho que tiene el deudor no solo de que se extinga la acción, sino también que se extinga la deuda¹⁴. En este orden de ideas, al ser un derecho de carácter subjetivo, el curador ad litem por expresa disposición legal –Art. 46 del C.P.C.– le estaría vedado disponerlo o hacer uso del mismo ya que no tendría la capacidad para ejercerlo, de tal suerte que al hacerlo, implicaría una invalidez manifiesta, porque debe recordarse que en cualquier acto dispositivo debe estar presente la capacidad, la licitud del objeto y el vicio exento de vicios¹⁵, que en el presente caso se invalidaría por falta de capacidad o poder de disposición o por ilicitud del acto.

De otro lado, un aspecto que fortalece la tesis que es objeto de este escrito, se advierte en la circunstancia de que la interrupción de la prescripción natural solo se hace por el concurso de la voluntad del deudor, no pudiendo en ningún caso suplir esta voluntad el curador ad litem del ausente del proceso¹⁶. De igual manera la suspensión de la prescripción solo beneficia exclusivamente a los deudores, nunca a favor del curador¹⁷.

Por otra parte, el Tribunal en su Sentencia, sustenta el no reconocimiento de la capacidad para invocar prescripción para el curador ad litem, con base en que el título ejecutivo que se arrima al proceso como fundamento de la ejecución, que en no pocos casos, sino en la mayoría, se ve reflejado en un título valor; determina que la relación causal o subyacente que le dio origen al nacimiento de dicho título puede resultar afectada, como es el caso del mutuo, ya que quién se obligó a restituir las especies monetarias, no solo se obligó a restituir las, sino a no ocultarse en caso de impago y, lo mismo puede predicarse de la apertura de crédito, de tanta usanza en la operación mercantil bancaria, que no solo obliga al acreditado a devolver los recursos entregados, sino a no ocultarse en caso de no pagarlos, ya

¹⁴ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia 2002, pág. 819.

¹⁵ Art. 1502 del C.C.

¹⁶ Art. 2544 del C.C.

¹⁷ Arts. 2541 y 2530 del C.C.

que dicha conducta es atentatoria del principio de la buena fe contractual y que agrupa también un elemento sociológico que es el de no patentar, ni permitir la cultura del no pago. Buena fe que surge no solo de la base de las relaciones contractuales¹⁸, sino en el postulado o principio constitucional de que las personas en todas sus actuaciones deben obrar de buena fe¹⁹.

Por todo lo anteriormente expresado, es que compartimos plenamente la posición del fallo objeto de estos breves comentarios, en el sentido de indicar que no es factible oponer la excepción de prescripción extintiva por parte del curador ad-litem, porque ello comporta disposición del derecho en litigio y al hacerlo implicaría la invalidez de dicho acto de disposición, correspondiéndoles a los jueces y Magistrados acabar con dicha práctica forense de los auxiliares de la justicia –curadores–; que en la mayoría de los casos es la única que cumplen.

ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DEL PAPEL QUE CUMPLEN LOS CURADORES AD LITEM EN LOS PROCESOS.

Las anteriores conclusiones acerca del papel que cumple el curador ad litem me llevan de manera muy humilde a reflexionar acerca del rol que viene cumpliendo este auxiliar de la justicia en nuestro proceso, el cual, se ha convertido en una figura que más que protectora de los derechos del ausente del proceso, es una simple figura nominativa por regla general, con contadas excepciones, que se limita a concurrir al acto de la notificación de la demanda y a contestarla sobre unos hechos que le son totalmente desconocidos.

Esta figura, más que constituirse en garante de los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa del ausente en el litigio, se ha convertido en un simple formalismo y ritualismo, pero no por culpa del auxiliar, sino obviamente por culpa de las condiciones en que se ve enfrentado a asumir la causa objeto de controversia, ¿cómo defender apropiadamente lo que no se conoce?, ¿cómo determinar los medios exceptivos y los hechos a probar para lograr su prosperidad?, ¿cómo saber las circunstancias de modo, tiempo y lugar del objeto de la litis, sin pecar por exceso o por defecto?, todos estos cuestionamientos tienen una sola respuesta, que no es necesaria la presencia de dicho curador del litigio ya

¹⁸ Arts. 1603 del C.C.; 863 y 871 del C. de Co.

¹⁹ Art. 83 de la C.N.

que esta no garantiza la defensa de la causa, ni mucho menos es necesaria para garantizar la defensa de los derechos fundamentales del ausente en el litigio como entramos a explicar.

Como atrás lo expusimos las facultades del curador ad litem se limitan a realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como para constituir apoderado judicial bajo su responsabilidad, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio. En ese orden de ideas, la posibilidad de actuación es muy restringida y la garantía de los derechos fundamentales del ausente no está en peligro por su supresión, ya que ante la ausencia del litigio de la parte será el juez dentro de su imparcialidad²⁰ y dentro de los deberes y poderes de ordenación del proceso y en aras de propender por buscar la verdad real de la causa, objeto de su conocimiento, la que se convertirá en la mejor defensa del ausente.

Dentro de dichas facultades se encuentra la potestad inquisitivo para darle impulso al proceso²¹, se encuentra también la hermenéutica procesal donde se le establece al juez que en la interpretación de las normas procesales debe tenerse en claro que el objetivo de los procedimientos es la de hacer efectivo el derecho sustancial, se respete el debido proceso, el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes²². De otro lado se le imponen deberes como el de garantizar la igualdad de las partes; de prevenir, solucionar y sancionar actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal; el de hacer uso de las facultades

²⁰ La Corte Constitucional en fallo C-100 de enero 31 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, indicó frente a la imparcialidad y seguridad del juez: "(...) A lo anterior, cabe agregar que la labor del juez no puede jamás circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio judicial permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y es fundamento real del Estado social de derecho. (...)".

²¹ Art. 2 del C.P.C.

²² Art. 4 del C.P.C.: "Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes."

oficiosas en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias, deber que implica también un poder de instrucción y ordenación del proceso, dentro de estas últimas, también la de rechazar solicitudes que sean notoriamente improcedentes o que impliquen una dilación manifiesta, deberes y poderes que llevan a un solo rumbo, que es el de garantizar la imparcialidad y el de buscar la verdad material o real y el de defender los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de defensa y de igualdad de las partes en el proceso, así una de ellas se encuentre ausente.

Ahora bien, podría pensarse que la tesis anterior es muy progresista y ella podría generar críticas en el sentido que su instauración implicaría un atentado patente del derecho de defensa. Para dichos críticos, una alternativa que podría morigerar o atenuar dicha ausencia plena de la parte podría ser la asistencia del Ministerio Público, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

A título de ejemplo de cómo la supresión de la figura del curador no genera traumatismo alguno frente al debido proceso, ni por ende el derecho de defensa, se verifica con la entrada en rigor de la Ley 794 de 2003, en donde se suprimió la asistencia o concurrencia del curador ad-litem para los eventos de la renuencia del citado y que en ningún caso ha generado violación a derecho procesal o fundamental alguno, al respecto recordemos como el artículo 320 anterior señalaba:

“ARTÍCULO 320. NOTIFICACIÓN A QUIEN NO ES HALLADO O CUANDO SE IMPIDE SU PRÁCTICA.

“(…)

3. Cuando se trate de notificación del auto que admita una demanda o del que libra mandamiento ejecutivo, en el aviso se informará al demandado que debe concurrir al despacho judicial dentro de los diez días siguientes al de su fijación, para notificarle dicho auto **y que si no lo hace se le designará curador ad litem, previo emplazamiento**. Si transcurre ese término sin que el citado comparezca, el secretario dejará constancia de ello y se procederá al emplazamiento en la forma prevista en el artículo 318, sin necesidad de auto que lo ordene. (...)” (resaltado al margen).

Bajo la reforma, que hoy nos rige (Ley 794 de 2003), se suprimió dicha figura, estableciéndose lo siguiente:

“ARTÍCULO 320. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 794 de 2003. Cuando no se pueda hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquiera otra providencia que se deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino. Cuando deba surtir un traslado con entrega de copias, el notificado podrá retirarlas de la secretaría dentro de los tres días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término respectivo. (...).

En este punto, para algunos generará crítica esta posición, al indicar que es muy distinta la condición del renuente a concurrir al proceso, con la del desaparecido, ya que la condición del primero es voluntaria, en aras de evitar el litigio y entorpecer el trámite del proceso y el curso de la administración de justicia²³, en tanto que el segundo es una situación involuntaria fortuita, por lo mismo, la no presencia de un curador en apariencia implicaría una sanción para quien por su ausencia involuntaria, que no está precedida de ocultamiento alguno, tiene que soportar que no exista representación alguna en la litis, aspecto este, según lo expusimos atrás, no implica ni desmedro, ni desmejora en sus derechos y garantías procesales y fundamentales, ya que el juez es el primer garante de los mismos, circunstancia que se solucionaría con la presencia del Ministerio Público como hemos anotado.

Por lo expuesto creemos que la figura del curador ad litem debe desaparecer del proceso y su no presencia redundará en mejorar las costumbres o prácticas judiciales, como aquellas donde la contraparte interviene en la actuación del auxiliar para que deje de hacer determinada actuación procesal en su beneficio o que no interponga determinada nulidad o excepción, etc..., generará de alguna manera celeridad en los procesos y acabaría con la mala práctica de un auxiliar que está al pendiente únicamente de su remuneración en la mayoría de los casos y por ello su presencia no es sana, ni necesaria dentro del litigio.

²³ ARTÍCULO 95. Numeral 7 de la Constitución Nacional. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.