

CURADOR AD LITEM-Facultad para proponer excepción de prescripción de la acción cambiaria

La figura del curador ad litem tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso - de manera inadvertida o intencionalmente - con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa. De acuerdo con el artículo 46 del C.P.C., el curador "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 litigio." Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, dentro de las cuales se encuentra obviamente la proposición de una excepción de mérito destinada a que se declare que la acción cambiaria ha prescrito. Pues, al fin y al cabo, ¿qué puede ser más favorable a un demandado que obtener que se declare que la acción que se podría intentar contra él ya ha fenecido? La Sala de Revisión no comparte la posición del Tribunal. Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria en favor de su representado no implica que el curador ad litem entregue, enajene, renuncie o limite un derecho de aquél, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. El Tribunal menciona algunas acciones que no puede realizar el curador ad litem - transigir, conciliar, confesar - para de allí deducir que éste no puede proponer la excepción indicada. Empero estos ejemplos no se aplican a este caso, pues todos ellos se refieren a decisiones que limitan el derecho del representado sobre el bien en disputa, situación diferente a la de este proceso, donde lo que el curador ad litem pretende es que se declare que la acción ya prescribió. Afirma el Tribunal que del art. 2153 se infiere que el curador ad litem no puede proponer la excepción de prescripción de la acción. Sin embargo, la prohibición contemplada en el artículo se refiere a que ella sea declarada de oficio, no a que el curador ad litem la proponga. En un caso como el presente, el curador ad litem está llamado a representar los intereses del demandado y dentro de esa tarea cabe presentar las excepciones que favorezcan a la parte que él apodera, de acuerdo con su estrategia de defensa.

ACCION CAMBIARIA-Excepción de prescripción sí puede presentarla el curador ad litem/VIA DE HECHO-Defecto sustantivo por cuanto Tribunal se fundamentó en prohibición inexistente

Se concluye que el curador ad litem dentro del proceso que se analiza sí estaba facultado para proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria y que, por lo tanto, el argumento esgrimido en la sentencia del Tribunal es inaceptable. La sentencia del Tribunal se fundamentó en una prohibición inexistente y de esta forma incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Claro está que lo anterior no significa que dicha excepción deba necesariamente prosperar. Corresponde al juez civil analizar las circunstancias del caso y con base en ellas decidir si prospera o no. El curador ad litem tiene la facultad para presentarla, no la garantía de que la excepción prosperará.

PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO-Excepción de prescripción de la acción cambiaria/ABUSO DEL DERECHO-Si hubo mala fe será el juez competente quien la evalúe

Una situación como la que aquí se analiza genera dudas tanto acerca de si los demandados actuaron de buena fe, como acerca de si no se presenta una situación de abuso del derecho por parte de ellos. Estas dudas se refrendarían cuando se observa que uno de los demandados coadyuvó la acción de tutela, es decir, que se hizo presente en este proceso después de que había triunfado en el ejecutivo hipotecario. El Código de Procedimiento Civil ha tenido en cuenta la eventualidad de que los deudores demandados intenten evadir las consecuencias del proceso, impidiendo ser notificados, y para ello ha diseñado la posibilidad de emplazarlos por edicto y de nombrarles un curador ad litem para atender a su derecho de defensa. Con ello se persigue evitar que quien no enfrenta el proceso, logre paralizarlo, lo cual haría nugatorios los derechos del demandante y le daría efectos a una conducta evasiva, contraria al principio de buena fe. Será el juez competente el que evalúe si se ha obrado de mala fe o no, en cada caso.

RATIO DECIDENDI DE SENTENCIA Y VIA DE HECHO-Se constituye ésta por ser contraria a la ley

Al ser la ratio decidendi de la sentencia contraria a la ley, la parte resolutive de la sentencia solamente se apoya ahora en la ratio decidendi formulada en la aclaración de voto. Ello significa que la providencia del Tribunal se constituye en una vía de hecho, por cuanto no contó con la mayoría requerida para ser aprobada. En efecto, el primer inciso del artículo 54 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que “[t]odas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar,

requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección.” En este caso, dado que el cuerpo de la sentencia será invalidado, solamente existiría la aclaración de voto a favor de la decisión tomada. Por esta razón, se ordenará al Tribunal que dicte una nueva sentencia, la cual no podrá fundarse en el argumento de que el curador ad litem no puede proponer la excepción de fondo de prescripción de la acción cambiaria ni cualquiera otra que estime conducente según su estrategia de defensa, sin perjuicio de que los jueces civiles decidan autónomamente si ésta excepción ha de prosperar o no, teniendo en cuenta los hechos del caso.

Referencia: expediente T-1018322

Acción de tutela instaurada por Néstor Javier Saray Muñoz contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso instaurado por Néstor Javier Saray Muñoz contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

### I. ANTECEDENTES

El ciudadano Néstor Javier Saray Muñoz - Curador ad litem de Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa dentro de un proceso ejecutivo hipotecario adelantado por Conavi contra éstos - entabló una acción de tutela contra la Sala Civil del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por considerar que ésta vulneró los derechos fundamentales de sus representados al debido proceso, al acceso a la justicia y a que se dictara sentencia de mérito. Los hechos que fundamentan la acción de tutela son los siguientes:

1. El 13 de abril de 1998, la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda Conavi instauró una demanda ejecutiva hipotecaria en contra de los señores Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa, con el fin de obtener la cancelación de una deuda contraída por dichas personas, a través de un contrato de mutuo comercial.

2. El día 15 de mayo de 1998, el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento ejecutivo con título hipotecario a favor de CONAVI a cargo de Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa.

3. En vista de que no fue posible notificar personalmente el mandamiento ejecutivo a los demandados, y después de emplazarlos mediante edicto, el Juzgado les designó como Curador ad litem a Néstor Javier Saray Muñoz, con quien se surtió la notificación el día 4 de Diciembre de 2002.

4. En su contestación de la demanda, el curador ad litem propuso la excepción de prescripción de la acción cambiaria. Sostuvo que el término que señala el art. 789 del Código de Comercio se encontraba más que vencido, “pues desde cuando se acudió a la cláusula aceleratoria plasmada dentro del pagaré o desde la notificación del mandamiento ejecutivo al acreedor a la fecha han transcurrido más de tres años, situación que conlleva a solicitar la extinción del crédito por prescripción de la acción cambiaria.”

5. El apoderado de CONAVI se opuso a la excepción de mérito formulada. Manifestó que el demandado Luis Fernando Moreno Bustamante había presentado una solicitud de reliquidación de la deuda, la cual había sido aplicada el día 20 de septiembre de 2000. Añadió que lo anterior constituiría “un reconocimiento tácito de la obligación y en virtud de esto queda claro que la prescripción se halla interrumpida en forma natural por parte del deudor, sin que hayan transcurrido más de tres años entre la fecha en la que se aplicó el alivio (20 de septiembre de 2000) y la fecha en la cual se notificó el curador (4 de diciembre del 2002).” Acompaña una certificación de la entidad bancaria en que se da constancia de la reliquidación del crédito.

6. En su fallo del día 29 de agosto de 2003, el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de mérito propuesta por la parte demandada y, en consecuencia, declaró la extinción de la garantía hipotecaria y terminado el proceso. Afirma el Juzgado que, de acuerdo con la demanda, los deudores entraron en mora el 15 de febrero de 1997 y que, “sea esta la fecha de inicio de la contabilidad del término prescriptivo, o aquella en que se presentó la demanda (abril 13 de 1998), en uno y en otro caso concurren los requisitos para declarar la prescripción.”

El Juzgado consideró también que no se había presentado una interrupción natural o civil de la prescripción, por cuanto no se había aportado prueba alguna acerca de que la parte demandada hubiera solicitado una reliquidación del crédito. Al respecto manifestó que de la prueba anexada al proceso con este fin no se deducía una expresión directa o tácita de la voluntad del demandado de solicitar una reliquidación de la deuda, sino la simple decisión de CONAVI de proceder a reliquidar el préstamo.

7. El apoderado de Conavi apeló el fallo de primera instancia. Sostuvo que sus argumentos acerca de la inoperancia de la excepción de prescripción no fueron tenidos en cuenta en la sentencia. Además, afirmó que en este caso no se aplicaba el artículo 789 del Código de Comercio, pues no se trataba de una acción cambiaria, sino de una acción ejecutiva hipotecaria, cuyo término de prescripción es más largo.

8. En su sentencia del 4 de Agosto de 2004, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó íntegramente la sentencia objeto de apelación. El Tribunal afirmó que el Curador ad litem no estaba facultado por la ley para proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria, por cuanto ella suponía disponer sobre el derecho en litigio. Expuso el Tribunal:

“Ahora bien. La curaduría ad litem es una curaduría especial y dativa, es decir, la da el juez específicamente para el pleito (arts. 435, 443 y 558 C.C.). La curaduría ad litem “para pleito”, no es un cargo impuesto a favor de personas “que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios” (art. 428, lb), sino a favor de las personas que no comparecen al proceso a pesar de haber sido convocadas legalmente (art. 318 del C.P.C). Antes de la ley 794 de 2.003, la curaduría ad litem era necesaria, inclusive, para el demandado remiso, es decir, para quien se negaba a comparecer a recibir la notificación de la demanda a pesar de haber sido citado para ese efecto (art. 320 C de P.C).

“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. 2470-2471 del C.C); tampoco conciliar porque la ley lo prohíbe (art. 101 C. de P. C.), ni confesar (art. 197 lb). 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, 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. Empero, esto último no puede darse cuando la propone el curador ad litem porque el actor está imposibilitado de interrogarlo y, entonces, se le coloca en una posición desigual frente al demandado.

“No puede perderse de vista que los títulos valores tienen su génesis en un contrato y éste se encuentra amparado por el principio de la buena fe consagrado en el artículo 1603 del Código Civil. En el presente caso, por ejemplo, los pagarés presentados como base de la ejecución tienen su origen en un contrato de mutuo y el demandado, como mutuario, quedó obligado no solamente a restituir el dinero recibido sino también, para efectos del pago, a informarle al mutante el lugar donde lo localizará y, en todo caso, a no ocultársele pues si así lo hace viola el principio de la buena fe. Esta puede ser una razón para que el legislador no le haya dado la facultad al curador ad litem de ‘disponer del derecho en litigio’. No dar plena aplicación al principio de buena fe contractual constituye un soporte a la llamada ‘cultura de no pago’ que se ha venido desbordando y, de contera, viene causando graves trastornos a la sociedad...

“(...

9. La sentencia contó con un salvamento de voto y una aclaración de voto. En su aclaración de voto, la Magistrada María Teresa Plazas Alvarado expresa que no comparte la tesis según la cual “los Curadores Ad Litem no pueden proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria, porque ‘eso es disponer del derecho en litigio’”. Sin embargo, afirma que en el caso bajo examen no se había presentado la prescripción de la acción cambiaria, como lo había afirmado el Juzgado de primera instancia, por cuanto la prescripción opera de forma diferente en las obligaciones por instalamentos.

Por su parte, la Magistrada Ana Lucia Pulgarín Delgado consideró en su salvamento de voto que los Curadores Ad Litem sí tienen la facultad de proponer excepciones de mérito. Dice al respecto que “al prever el estatuto procesal civil la designación de un curador ad litem, a fin de cumplir con él la notificación del demandado que no comparece, luego de expirado el término concedido a partir del emplazamiento, no señala restricción alguna al actuar de dicho representante, salvo la mención expresa que sobre el particular contiene el artículo 46 del Código de Procedimiento Civil, atendido que sus facultades están encaminadas a la defensa de su representado...” Además, consideró que sí se había configurado el fenómeno de la prescripción.

10. En vista de lo anterior, el día 28 de Septiembre de 2004, Néstor Javier Saray Muñoz, actuando en su calidad de curador ad litem de Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa, instauró una acción de tutela contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Solicita que se le ordene a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá que anule la sentencia del 4 de agosto de 2004, por vulnerar los derechos fundamentales de sus representados al debido proceso, al acceso a la justicia y a obtener sentencia de mérito.

Argumenta que el Tribunal no dictó una sentencia, pues los asuntos que se resuelven en Sala deben ser definidos por mayoría y en este caso no la hubo. Expresa al respecto que la aclaración de voto constituye realmente un salvamento de voto, pues en él la Magistrada se apartó completamente de la posición del magistrado ponente acerca de que el curador ad litem no podía proponer la excepción que se debatió.

Por otro lado, asegura que el curador ad litem puede desplegar cualquier conducta en procura de obtener un beneficio patrimonial a favor de su representado. Las prohibiciones para este auxiliar de la justicia están expresamente establecidas - desistir (art. 343, num. 2

del C.P.C.), transigir (art. 2471 del C.C.), allanarse a la demanda (art. 94 del C.P.C.), confesar (art. 197) y reconocer un documento. Por lo tanto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá habría incurrido en una vía de hecho al crear una prohibición para los curadores ad litem que la ley no establece.

11. Conavi solicita que se declare que la acción de tutela es improcedente, por cuanto está dirigida contra una decisión judicial. De otra parte, afirma que la tutela no procede contra conductas legítimas de un particular.

12. El día 5 de octubre de 2004, Juan de Jesús Moreno Babativa, uno de los demandados dentro del proceso ejecutivo hipotecario, presentó un escrito en el que coadyuva la acción de tutela presentada por el curador ad litem, con la aclaración de que su coadyuvancia “no reconoce renuncia ni tampoco reconoce suspensión a la prescripción que en su momento alegó mi defensor.”

## I. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

13. Mediante providencia del 12 de Octubre de 2004, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo solicitado. En su providencia la Corte aclara que se dedicará “únicamente a la búsqueda de la respuesta de si hubo decisión en segunda instancia.” Concluye entonces que la providencia sí constituía una sentencia, y, por consiguiente, negó el amparo solicitado. La Sala de Casación Civil argumentó así:

“Dedicada la Corte únicamente a la búsqueda de la respuesta de si hubo decisión en segunda instancia encuentra que efectivamente así aconteció.

“En efecto, el juzgado de primera instancia accedió al reconocimiento de la prescripción y esta determinación fue expresamente revocada por el Tribunal, en tanto la voluntad de dos de sus magistrados se expresó en tal sentido, aunque por motivos diferentes. Si la Magistrada que en segundo lugar suscribió la decisión de manera expresa dijo aclarar el voto, dicha afirmación no puede ser cambiada por el juez constitucional para leer allí ‘salvamento de voto’, pues se estaría sustituyendo al juez en su querer.

Sin más consideraciones, se llega a la conclusión de que la ponencia que propuso revocar la

sentencia del Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, tuvo el asentimiento del autor y de la Magistrada que aclaró el voto.

“Ahora, que las razones que llevaron a uno y a otra a prestar su consentimiento sean diferentes, y que la Corte pudiera calificarlas como desacertadas, no sería bastante para hallar en ellas vía de hecho susceptible de amparo constitucional.

“Por las razones expuestas se denegará el amparo impetrado”.

14. Mediante auto del 2 de noviembre de 2004, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia inadmitió, por extemporánea, la impugnación interpuesta por Néstor Javier Saray Muñoz contra el fallo de primera instancia.

### III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### CONSIDERACIONES y fundamentos

##### Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política.

2. CONAVI instauró una demanda ejecutiva hipotecaria en contra de los señores Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa. Ante la imposibilidad de notificarlos personalmente, el juzgado les nombró curador ad litem. En su contestación de la demanda, el curador ad litem formuló la excepción de prescripción de la acción cambiaria. El Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de mérito propuesta por la parte demandada.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó íntegramente la sentencia objeto de apelación. Argumentó el Tribunal que la ley le prohibía al curador ad litem proponer la excepción de prescripción de la acción, por cuanto ello significaba disponer sobre el derecho. La sentencia contó con una aclaración y un salvamento de voto. La aclaración de voto compartió la parte resolutive de la ponencia, pero se distanció de la ratio decidendi de la misma.

El curador ad litem instauró una acción de tutela contra la sentencia del Tribunal. A juicio del actor, en su sentencia el Tribunal incurrió en una vía de hecho al negarle la posibilidad de formular la excepción de prescripción de la acción cambiaria. Asimismo, afirma que la sentencia no constituye una decisión material, puesto que la aclaración de voto no comparte la ratio decidendi de la providencia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo solicitado. La providencia se ocupó únicamente de la acusación acerca de que la providencia no constituía una sentencia en sentido material.

Así, pues, en el presente proceso la Sala de Revisión deberá resolver dos interrogantes: ¿constituye una vía de hecho la decisión del Tribunal de rechazar la excepción de prescripción de la acción cambiaria propuesta por el curador ad litem, por cuanto de la norma que prohíbe a los curadores ad litem disponer del derecho en conflicto se derivaría que también les está impedido presentar dicha excepción? Y, por otra parte, ¿el que la aclaración de voto a la providencia del Tribunal se hubiera apartado de la ratio decidendi del proyecto que se convertiría en sentencia implica que no existió una sentencia en sentido material y que, por consiguiente, el Tribunal incurrió en una vía de hecho?

La facultad del curador ad litem para proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria

3. En su sentencia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá determinó que el curador ad litem no estaba facultado para proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria. El actor considera que el Tribunal creó una prohibición para el curador, que no está contenida en la ley, y que ello hace que la sentencia constituya una vía de hecho. Para resolver esta controversia es necesario referirse a la figura del curador ad litem.

Como bien lo afirma el Tribunal, la curaduría ad litem es una curaduría especial y dativa, conferida por un juez específicamente para un pleito, con el fin de que una persona sea representada procesalmente (C.C., arts. 435, 443 y 583).

El artículo 46 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la reforma que le fue introducida por el art. 1, numeral 18 del Decreto 2282 de 1989, define las funciones y facultades del curador ad litem así:

“Art. 46. Funciones y facultades del curador ad litem. El curador ad litem actuará en el proceso hasta cuando concurra a él la persona a quien representa, o un representante de ésta. Dicho curador 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 litigio.

“Sólo podrán ser curadores ad litem los abogados inscritos; su designación, remoción, deberes, responsabilidad y remuneración se regirán por las normas sobre auxiliares de justicia”.

En la sentencia C-250 de 19941, la Corte Constitucional se refirió a la función que cumplía el curador ad litem:

“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.”

Como se observa, la figura del curador ad litem tiene por fin brindar representación al que no concurre al proceso - de manera inadvertida o intencionalmente - con el objeto de garantizarle su derecho a la defensa. De acuerdo con el artículo 46 del C.P.C., el curador

“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 litigio.” Ello indica que el curador ad litem está autorizado para realizar todas las actuaciones tendientes a proteger los intereses de su representado, dentro de las cuales se encuentra obviamente la proposición de una excepción de mérito destinada a que se declare que la acción cambiaria ha prescrito. Pues, al fin y al cabo, ¿qué puede ser más favorable a un demandado que obtener que se declare que la acción que se podría intentar contra él ya ha fenecido?

4. El Tribunal afirma, sin embargo, que el curador ad litem no puede proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria, por cuanto ello implica una disposición del derecho. Además, manifiesta, con base en el art. 2513 del Código Civil, que esa proposición puede ser presentada únicamente por la parte y no por el curador ad litem.

La Sala de Revisión no comparte la posición del Tribunal. Proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria en favor de su representado no implica que el curador ad litem entregue, enajene, renuncie o limite un derecho de aquél, sino más bien que asume a fondo la defensa de los intereses de la parte que debe proteger. El Tribunal menciona algunas acciones que no puede realizar el curador ad litem – transigir, conciliar, confesar – para de allí deducir que éste no puede proponer la excepción indicada. Empero estos ejemplos no se aplican a este caso, pues todos ellos se refieren a decisiones que limitan el derecho del representado sobre el bien en disputa, situación diferente a la de este proceso, donde lo que el curador ad litem pretende es que se declare que la acción ya prescribió.

De otra parte, los artículos 2152 y 2153 del Código Civil prescriben:

“Art. 2152. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

“Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”

“Art. 2153. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.”

Afirma el Tribunal que del art. 2153 se infiere que el curador ad litem no puede proponer la excepción de prescripción de la acción. Sin embargo, la prohibición contemplada en el artículo se refiere a que ella sea declarada de oficio, no a que el curador ad litem la proponga. En un caso como el presente, el curador ad litem está llamado a representar los intereses del demandado y dentro de esa tarea cabe presentar las excepciones que favorezcan a la parte que él apodera, de acuerdo con su estrategia de defensa.

De otro lado, el Tribunal expresa que una de las razones para que el curador ad litem no pueda presentar este tipo de excepción es que su representado bien podría haber optado por no alegarla, por interrumpir la prescripción o por renunciar a ella. Tampoco este argumento es admisible. Al respecto basta con manifestar que el hecho de que el curador ad litem proponga la excepción no significa que el demandado no pueda intervenir después para renunciar a alegarla en su favor.

Claro está que lo anterior no significa que dicha excepción deba necesariamente prosperar. Corresponde al juez civil analizar las circunstancias del caso y con base en ellas decidir si prospera o no. El curador ad litem tiene la facultad para presentarla, no la garantía de que la excepción prosperará.

5. Ahora bien, la posición asumida por el Tribunal denota su preocupación ante un posible abuso del derecho por parte del deudor y en relación con la aplicación en este caso de la norma que establece que “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe” (C.C., art. 1603).

Evidentemente, una situación como la que aquí se analiza genera dudas tanto acerca de si los demandados actuaron de buena fe, como acerca de si no se presenta una situación de abuso del derecho por parte de ellos. Estas dudas se refrendarían cuando se observa que uno de los demandados coadyuvó la acción de tutela, es decir, que se hizo presente en este proceso después de que había triunfado en el ejecutivo hipotecario.

Empero, el Código de Procedimiento Civil ha tenido en cuenta la eventualidad de que los deudores demandados intenten evadir las consecuencias del proceso, impidiendo ser notificados, y para ello ha diseñado la posibilidad de emplazarlos por edicto y de nombrarles un curador ad litem para atender a su derecho de defensa. Con ello se persigue evitar que quien no enfrenta el proceso, logre paralizarlo, lo cual haría nugatorios los derechos del demandante y le daría efectos a una conducta evasiva, contraria al principio de buena fe.

Será el juez competente el que evalúe si se ha obrado de mala fe o no, en cada caso.

¿Constituye la providencia del Tribunal una sentencia de mérito?

6. El actor de la tutela argumenta también que la providencia del Tribunal no constituyó una sentencia de mérito, por cuanto la Magistrada que aclaró su voto se apartó de la ratio decidendi de la sentencia. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, consideró que la voluntad del Tribunal fue clara, a pesar de que la magistrada que compartió el sentido de la ponencia decidió aclarar su voto. Al respecto anotó que no puede el juez de tutela convertir una aclaración en un salvamento de voto.

Esta Sala de Revisión considera que la providencia del Tribunal sí constituyó una decisión de fondo. Toda sentencia consta de dos partes fundamentales: la parte resolutive y la parte motiva. En la parte resolutive se concreta el sentido de la decisión y se dictan las órdenes correspondientes. En la parte motiva se indican las razones que fundamentan la decisión, y dentro de ella ocupa un lugar especial la ratio decidendi, es decir, los argumentos específicos que conducen a la autoridad judicial a definir el proceso en una forma determinada.

Lo ideal es que en toda sentencia dictada por una corporación judicial exista acuerdo de la mayoría acerca de la parte resolutive y de la ratio decidendi. Sin embargo, lo que es realmente esencial e imprescindible es que exista siempre mayoría acerca de la resolución que se tome sobre cada punto específico que se trate en el proceso. Ese acuerdo es el que constituye la decisión con respecto a cada cuestión a resolver y se refleja en la orientación y en el contenido de la parte resolutive.

No siempre la mayoría de una Sala comparte la ratio decidendi de una resolución judicial. Sin embargo, el hecho de que el acuerdo no se produzca no significa que no haya existido una decisión, siempre y cuando la mayoría de los participantes en ella estén conformes con la parte resolutive de la misma.

Por lo tanto, los miembros de la corporación judicial pueden estar de acuerdo con el sentido de la decisión, sin compartir los argumentos centrales que conducen a ella. En este caso, la decisión conserva su validez. Entonces, la diferencia que presenta esta situación con respecto a aquellos casos en los que la mayoría de la corporación comparte la parte resolutive y la ratio decidendi de la misma reside en que esa decisión no tendrá el mismo

valor como precedente aplicable a casos similares, razón por la cual la importancia de la sentencia se reducirá a la decisión de ese caso concreto.

De otra parte, le asiste razón a la Sala de Casación Civil al señalar que no le corresponde al juez de tutela determinar si una aclaración de voto corresponde en realidad a un salvamento. El juez, dentro de la autonomía que le confiere la Constitución, debe determinar si su posición constituye una aclaración o un salvamento de voto.

7. La sentencia que se examina contó con una aclaración y un salvamento de voto. Ahora bien, al analizar el primer problema jurídico se concluyó que el curador ad litem sí poseía la atribución de proponer la excepción de prescripción de la acción cambiaria. Esto indica que el argumento en el que se basó la sentencia es contrario a las normas legales vigentes y que, por lo tanto, él no puede ser fundamento de la sentencia. Lo anterior no implica que la excepción deba prosperar, asunto respecto del cual no se pronuncia esta Corte.

De esta forma, al ser la ratio decidendi de la sentencia contraria a la ley, la parte resolutive de la sentencia solamente se apoya ahora en la ratio decidendi formulada en la aclaración de voto. Ello significa que la providencia del Tribunal se constituye en una vía de hecho, por cuanto no contó con la mayoría requerida para ser aprobada. En efecto, el primer inciso del artículo 54 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que “[t]odas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección.” En este caso, dado que el cuerpo de la sentencia será invalidado, solamente existiría la aclaración de voto a favor de la decisión tomada. Por esta razón, se ordenará al Tribunal que dicte una nueva sentencia, la cual no podrá fundarse en el argumento de que el curador ad litem no puede proponer la excepción de fondo de prescripción de la acción cambiaria ni cualquiera otra que estime conducente según su estrategia de defensa, sin perjuicio de que los jueces civiles decidan autónomamente si ésta excepción ha de prosperar o no, teniendo en cuenta los hechos del caso.

#### IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo de tutela dictado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de octubre de 2004, que denegó la solicitud de tutela elevada por Néstor Javier Saray Muñoz contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. En su lugar, se CONCEDE el amparo solicitado, por cuanto la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en una vía de hecho en su providencia del 4 de Agosto de 2004.

Segundo.- Dejar sin efectos la providencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el día 4 de Agosto de 2004, en la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, el día 29 de agosto de 2003, dentro del proceso ejecutivo hipotecario iniciado por la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda contra Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa.

Tercero.- Ordenar a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá que dicte una nueva providencia sobre el recurso de apelación interpuesto dentro del proceso ejecutivo hipotecario iniciado por la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda contra Luis Fernando Moreno Bustamante y Juan de Jesús Moreno Babativa. La decisión no deberá basarse en el argumento de que el curador ad litem no puede proponer las excepciones que estime conducentes, sin perjuicio de lo que sobre ellas decidan los jueces competentes.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, la Secretaría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia notificará esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991, para los fines allí establecidos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, no firma la presente sentencia por encontrarse con permiso debidamente autorizado.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SECRETARIA GENERAL

1 M.P. Carlos Gaviria Díaz. La sentencia declaró la constitucionalidad de la sanción fijada en el art. 101 del Código de Procedimiento Civil para el curador ad litem que no concurra a la audiencia establecida en ese precepto para los procesos ordinarios y abreviados.

2 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia se declaró la constitucionalidad de una norma contenida en el art. 39 de la Ley 794 de 2003, que modificó el art. 386 del Código de Procedimiento Civil, que excluyó del trámite de la consulta obligatoria a las sentencias dictadas dentro de los procesos ejecutivos en los que la parte demandada hubiera sido representada a través de un curador ad litem.

3 Cuando se presentó el Proyecto de ley 204 de 2001, Senado (actualmente Ley 794 de 2003), no contemplaba el artículo objeto de la presente demanda. Fue durante el trámite del proyecto, en el primer debate ante el Senado de la República, que se decidió exceptuar de los procesos ejecutivo con curador ad litem el grado de consulta, pues se consideró que “(p)ara este tipo de procesos, en donde se demanda con un título ejecutivo (documento que contiene una obligación cierta) no parece razonable el control de legalidad que busca el grado jurisdiccional de la consulta”. El Senado decidió introducir la modificación con el fin de agilizar el trámite de dichos procesos (Ponencia para segundo debate del Proyecto de ley Número 204 de 2001, Senado. Gaceta del Congreso Número 233 de 2002).