

---

## POSIBLES REFORMAS AL PROCESO CIVIL EN MATERIA DE INCIDENTES

LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS

### I. — MARCO PROCESAL DE LOS INCIDENTES

Es sabido que el proceso en últimas no es más que una forma de debate que debe culminar con una decisión jurisdiccional que ponga fin al litigio de manera definitiva o que, otorgue certeza a la situación que requería su intervención. Por eso el proceso desde el punto de vista objetivo es una serie concatenada de actos procesales aptos para permitir el fin de la jurisdicción, el juez para resolver la cuestión final de mérito, esto es, lo referente a la declaración positiva o negativa de certeza de la relación sustancial deducida en juicio, debe haber examinado y resuelto todas aquellas cuestiones que se hayan suscitado entre las partes, o entre éstas y terceros.

En la mayoría de las veces esas cuestiones constituyen un antecedente lógico y jurídico de la decisión, luego en estos eventos su examen y resolución debe ser anterior a la sentencia; en otros casos la Ley permite que sean resueltas en la misma sentencia junto con el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Por excepción pueden suscitarse cuestiones entre las partes o entre éstas y los terceros, antes de haberse trabado en legal forma la relación jurídica procesal; (solicitud de levantamiento de cautelas por un tercero; verificación de autenticidad de un documento; oposición al secuestro de bienes). También pueden presentarse con posterioridad a la sentencia que se haya proferido. (La oposición a la entrega, nulidades de la actuación).

Como dijimos antes, con ocasión del proceso se pueden suscitar cuestiones accesorias que se relacionen con el fondo del litigio, es decir con la relación sustancial que se debate y que pueden producir efectos sobre el derecho material pretendido de carácter definitivo o transitorio; de otro lado la cuestión planteada puede afectar la validez de la actuación, la situación jurídica de las partes o de los bienes perseguidos o, trabados en el proceso.

Las cuestiones accesorias conexas que se presentan con ocasión del proceso pueden agruparse, teniendo en cuenta su contenido y finalidad así:

1.— Las que se relacionan con la constitución de la relación jurídica procesal.

En este caso las cuestiones son de carácter previo y comprende en nuestro sistema, no solamente el control del juez sobre la demanda (admisión, inadmisión y rechazo; a.85 C.P.C.) sino que la regularización de ésta y de la relación procesal puede promoverse por la parte demandada a través de las excepciones previas, las que una vez planteadas reciben el trámite incidental para su decisión.

El control inicial del juez sobre la demanda y la facultad de la parte demandada a través de las excepciones previas pueden versar sobre la capacidad para ser parte o para comparecer al proceso de las personas intervinientes o que deban intervenir en el proceso, comprendiendo igualmente la prueba de la calidad con que acuden o se les cita al mismo.

2.— Las que versan sobre la capacidad subjetiva de los órganos jurisdiccionales.

Eventualmente puede suceder que el juez subjetivamente esté incapacitado para conocer de un proceso por encontrarse incurso en alguna de las circunstancias previstas por la Ley, dando lugar a su separación del conocimiento, bien sea de manera directa a través de la declaración de impedimento, o provocada por las partes en virtud de la recusación.

En estos casos la cuestión debe ser resuelta antes de que siga adelante el proceso, en nuestro medio se habla de suspensión procesal.

3.— Las que versan sobre la posibilidad de acumulación de acciones y pretensiones.

Por razones obvias de economía procesal la Ley permite que en el mismo proceso puedan ventilarse y decidirse diversas relaciones sustanciales, cuando entre ellas existan factores de conexidad subjetiva u objetiva. Es así como pueden presentarse entre otras situaciones: la demanda de reconvención, la acumulación de pretensiones a través de la reforma de la demanda, la acumulación de demandas ejecutivas y la acumulación de procesos.

4.— Las referentes a los medios de prueba.

En la etapa probatoria pueden surgir controversias sobre los medios de convicción que se pretendan hacer valer en el proceso y pueden versar no solamente sobre los aspectos de admisibilidad de la prueba (conducencia, pertinencia) sino sobre su producción y contenido (objeción al dictamen pericial, tacha de documentos, tacha de testigos). En algunos casos la cuestión debe ser resuelta previamente a la sentencia, en otros, en la sentencia.

5.— Las que versan sobre la situación jurídica de los bienes trabados en

el proceso.

La situación jurídica de los bienes que se persigan en el proceso puede variar con el transcurso de éste y aún pueden surgir controversias con posterioridad a la sentencia.

El embargo, el secuestro, el levantamiento de las cautelas, las controversias sobre administración y lo afín a la entrega de bienes son algunos aspectos de esta talante.

6.— Las que versan sobre la validez del proceso, nulidad de la actuación.

De lo hasta aquí dicho podemos concluir que son muy diversas las cuestiones que el juez debe resolver a medida del desenvolvimiento del proceso para que pueda llegar a un pronunciamiento definitivo en la sentencia que lo culmine.

La regla general establecida por nuestro estatuto procedimental es la de que el juez debe resolver de plano, es decir, sin traslado, estas cuestiones accesorias. En otros casos consideró el legislador que dada la naturaleza de la cuestión planteada, se requiera de un debate más amplio, con oportunidades probatorias, y para ello establecido el trámite incidental para adoptar la decisión.

El incidente es, por tanto, el trámite accesorio y contingente que la Ley taxativamente ha previsto para la decisión de las cuestiones conexas con el fondo del litigio. Decimos que es un trámite accesorio puesto que es independiente del trámite principal del proceso y su surgimiento no comporta su suspensión; es contingente ya que solamente constituye una eventualidad o accidente del proceso.

El art.135 y ss del C. P. C., regulan los incidentes y les da unas características especiales, a saber:

#### 1.— TAXATIVIDAD

Solamente podrán recibir el trámite incidental para su decisión aquellas cuestiones que la ley expresamente señale, tal como perentoriamente lo establece el art.135 del C.P.C.No es admisible que el juez o las partes propongan a través de incidente aquellas cuestiones que han debido proponerse como fundamento de recursos o que su decisión haya debido solicitarse directamente.

2.— Preclusión o eventualidad.

La oportunidad que la Ley señala para la proposición de los incidentes es preclusiva, el art. 136 C.P.C., en concordancia con el a. 118 de la misma obra así lo consignan. La primera de las normas citadas impone además a la parte incidentante la carga procesal de invocar todos los motivos existentes al momento de la proposición, luego la preclusión opera desde estos dos puntos de vista.

Por regla general con la sentencia se cierra la oportunidad para proponer incidentes salvo disposición especial para algunos de ellos (levantamiento de medidas de cautela a. 687 C.P.C.) o que tengan fundamento en hechos ocurridos con posterioridad a la sentencia (nulidad a. 154 C.P.C.).

### 3.— Formalidad en la proposición

La solicitud incidental debe ajustarse a lo prevenido por el a. 137 del C.P.C., e impone al juez el deber de rechazar de plano las que no cumplan con los requisitos formales (a. 138).

### 4.— La concentración

Como anotamos el incidente debe proponerse con fundamento en todos los motivos existentes al momento de su iniciación y, de otro lado, no pueden existir trámites incidentales dentro de los incidentes; el juez debe resolver todas las cuestiones accesorias que surjan en el trámite incidental en la misma providencia que lo decida, la que puede ser un auto o en la sentencia, cuando el incidente deba resolverse en ella (a. 139 C.P.C.).

Es de anotarse que el trámite de los incidentes es común, tal como lo dispone el art. 137 del C.P.C., aunque en algunos casos se establece un trámite especial.

## II.— MOTIVACION DE LAS REFORMAS

1.— La justicia colombiana se encuentra seriamente cuestionada por su inoperancia. El proceso civil se ha tornado interminable, aunque en la teoría y en su concepción haya sido un proceso ágil y expedito que le permitiera cumplir con sus fines consagrados por el art. 4 del C.P.C. Pero este estancamiento obedece a diversos factores, tales como el deficiente número de despachos judiciales que ante el cúmulo de procesos impiden la evacuación pronta de los asuntos; la falta de capacitación de nuestros jueces y abogados que propician el entramamiento y la dilación de los procesos; la falta de adecuación del procedimiento, ya que siendo excesivamente riguroso no permite que fluya hacia una pronta y cumplida justicia.

2.— Afirmamos, sin lugar a dudas que el gran número de incidentes o trámites accesorios que pueden presentarse en el curso de los procesos ha contribuido a la lentitud e ineficacia anotadas. Realmente toda reforma debe aprovechar las experiencias positivas de la legislación, detectar las causas y los vicios que la hagan contraria a sus fines y provocar los cambios que en realidad permitan una aceleración procesal.

### BASES PARA UNA REFORMA EN MATERIA DE INCIDENTES

Visto el marco general, procedemos a sentar las bases de unas posibles reformas que irán a contribuir para la abreviación y aceleración de los procesos, así:

#### A.— SUPRESION DE LOS ASUNTOS QUE EN LA ACTUALIDAD RECLAMAN EL TRAMITE INCIDENTAL PARA SU DECISION.

El trámite incidental debe reservarse para aquellas cuestiones que necesariamente requieran un debate probatorio para su decisión y por tanto deben sustraerse aquellos asuntos respecto de los cuales ya obren los medios de convicción en el proceso, o se trate de puntos de derecho que no requieran prueba.

Para la decisión de estas cuestiones debe imponerse la carga procesal de aportar la prueba con la solicitud, de la cual se dará traslado a las otras partes y el Juez resuelve sin más trámite.

La experiencia ha demostrado que estos trámites incidentales pueden en ocasiones durar más de lo que duraría el proceso sin dicho incidente.

Veamos algunos de los actuales incidentes que podrían suprimirse:

#### 1.— INCIDENTE DE EXCEPCIONES PREVIAS.

1.1. Las mal llamadas excepciones previas, o excepciones procesales, en la medida en que se refieren a la forma de ser del proceso y no a la forma de ser del litigio, constituyen verdaderos impedimentos procesales. Con su proposición debe tenderse es al saneamiento y regularización del proceso, que permita su normal desenvolvimiento para la obtención de la sentencia. El Juez debe tener en este punto preciso los poderes más amplios que le permitan ejercer un verdadero control sobre la demanda para advertir sus vicios y ordenar su saneamiento.

1.2. Debe despojarse a esta etapa del proceso de todo rasgo contencioso, sin olvidar que la proposición de las excepciones previas debe constituir indudablemente un deber de lealtad de la parte demandada para con la administración de justicia, el Juez y las demás partes del proceso.

1.3. En otra de las conferencias, en la que se habla de reformas a los procesos declarativos se verá como podrán definirse todos estos aspectos meramente formales en la audiencia preliminar, conjuntamente con la conciliación y la fijación del tema de decisión y del material probatorio.

Si lo que se quiere es un procedimiento acorde con el momento histórico, con la debida aceleración y que sea expedito para el ejercicio de la jurisdicción, es inconcebible que la etapa introductoria del proceso sea un expediente para el entramamiento del proceso y medio de beligerancia para las partes.

#### 2. SUPRESION DEL INCIDENTE DE CONFLICTO DE COMPETENCIA.

1.— La competencia es examinada de manera inicial por el juez a quien se presenta la demanda, dando como sabemos lugar al rechazo in limine de la misma, según las voces del art. 85 del C.P.C.

1.1. Si el Juez, a pesar de su incompetencia admite la demanda, la parte demandada debe proponer la excepción previa de falta de competencia y si el Juez la encontrare procedente ordenará la remisión al competente,

quien avocará el conocimiento debiéndose pronunciar sobre las demás excepciones previas popuestas o declarándose incompetente, caso en el cual se enviará al superior para que resuelva de plano, sin que se justifique incidente alguno.

2.— Si no se propone la excepción previa el vicio debe entenderse saneado, a menos que la parte concurra con posterioridad a estas oportunidades para hacerlo valer como nulidad de la actuación. En el primer caso no es dable que el juez se declare incompetente de oficio para conocer del proceso, concluir en contrario sería romper con la estructura del proceso permitiendo el desorden en la actuación y en algunos casos causando perjuicios a las partes que ya están en él.

Como podemos observar, no existe razón alguna que justifique que se dé un trámite incidental a este aspecto de competencia que tiene una solución ya prevista en el Código.

### 3. SUPRESION DEL INCIDENTE DE RECUSACION

1. Sea lo primero anotar que los impedimentos y recusaciones se tratan como un capítulo dentro del título de los incidentes, cuando ciertamente obedecen a situaciones muy diferentes. En efecto lo único que dentro de la regulación actual constituye un incidente es la recusación.

2. La parte que pretenda recusar al juez debe aportar la prueba de los hechos que constituyen el fundamento fáctico de la causal invocada para la recusación. De este modo se impide que la recusación sea un medio de interrupción del proceso y con los efectos nocivos que ello genera. No debe olvidarse que para estos eventos el dicho del juez frente a la recusación es de gran valor y es el reflejo de su competencia subjetiva para conocer del negocio.

3. El Juez debe resolver de plano sobre la recusación propuesta por auto que no tiene recursos, si no se admite aquella, debe enviar el expediente al superior quien previo traslado resolverá por auto no susceptible de recursos.

4. En el presente caso no se justifica el trámite incidental.

Tanto los impedimentos como la recusación deben quedar como adición al título XII del Código. Debe preverse cuál debe ser el tratamiento para el evento de ser recusada la mayoría o totalidad de los magistrados que constituyan la sala civil de decisión, situación ésta que no se encuentra regulada.

### 4. SUPRESION DEL INCIDENTE DE ACUMULACION DE PROCESOS

1. Con la solicitud de acumulación presentada ante el Juez que conozca del proceso más antiguo, o el de mayor jerarquía según el caso y dadas las condiciones establecidas en el art. 149 del C.P.C., debe adjuntarse la prueba de la existencia del otro u otros procesos que se pretenden acumular, mediante la certificación respectiva y allegando copia de la demanda o demandas con que fueron iniciados el juez resolverá sobre la acumulación

por auto apelable en el efecto devolutivo y solamente una vez en firme se ordenará la remisión de los expedientes.

2.— La acumulación de procesos debe incluirse en el título XII del Código, adicionando el actual art. 149 en su numeral 1, en el sentido de permitir la acumulación cuando las pretensiones habrían podido proponerse a través de la demanda de reconvencción.

De las consideraciones anteriores se desprende que lejos de justificar todo el trámite incidental, la acumulación de procesos reclama una decisión expedita y conveniente.

### 5. SUPRESION DEL INCIDENTE DE AMPARO DE POBREZA

Sin mayores consideraciones debe quitársele el carácter de incidente a la solicitud de amparo, su regulación debe formar parte de un título posterior. Consideramos que con la solicitud de amparo de pobreza debe allegarse prueba siquiera sumaria sobre las condiciones del solicitante, no es suficiente que se afirme bajo juramento estar en la situación de imposibilidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su subsistencia.

### 6. SUPRESION DEL INCIDENTE DE NULIDAD.

1. Como quiera que ésta no es una de las reformas acogidas por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, humildemente y con el ánimo dispuesto a la rectificación correspondiente nos permitimos esbozar algunos argumentos de la tesis que aquí exponemos:

1.1. Indudablemente lo que se cuestiona es la validez de la actuación, cuando los hechos que refleja el expediente demuestran la existencia de un vicio; por regla general.

1.2. El vicio debe aparecer de manera manifiesta en la actuación y el Juez del examen objetivo de ella debe concluir sobre su existencia, trascendencia, saneamiento, interés en la solicitud y efectos. La prueba está constituída solamente por la actuación.

1.3. Comprendemos que en algunas y muy pocas causales de nulidad, la prueba de los hechos constitutivos se encuentran fuera del expediente, para estos casos debe aportarse la prueba de ellos y es suficiente un traslado a las demás partes, previo a la decisión.

Por lo anterior nos atrevemos a considerar que debe abolirse en gran medida el incidente de nulidad.

### B. REFORMAS EN MATERIA DE RECURSOS

En este punto, vamos a considerar dos situaciones que ameritan reforma así:

1. DEBE ESTABLECERSE EL RECURSO DE APELACION PARA EL AUTO QUE RECHAZA DE PLANO EL TRAMITE INCIDENTAL. (Art. 138 C.P.C.)

Ciertamente es un vacío que quedó en el Código de Procedimiento Civil, ya que al adoptarse en materia de apelaciones el principio de la especificidad o taxatividad esta providencia no quedó enlistada como apelable. La doctrina nacional se encuentra dividida entre quienes consideran que este auto es equivalente en sus efectos al auto que deniega la nulidad y por tanto apelable, y quienes por el contrario rechazan la analogía en materia de apelaciones y afirman la no procedencia de la alzada.

Como una garantía para los derechos de las partes, debe otorgársele apelación en el efecto devolutivo a este auto que rechaza de plano el trámite del incidente.

## 2. LOS AUTOS QUE RESUELVAN LOS INCIDENTES DEBEN SER APELABLES EN EL EFECTO DEVOLUTIVO POR REGLA GENERAL.

Ya vimos cómo el trámite de los incidentes no tienen por qué afectar el trámite del proceso, luego la actuación debe continuar, solamente por excepción debe consagrarse el efecto diferido y solo de manera excepcionalísima en el efecto suspensivo.

### C. LOS INCIDENTES Y LA SENTENCIA. REFORMAS.

El Código señala en el numeral 4 del a. 137 que si bien los incidentes no suspenden el curso del proceso, la sentencia no se pronunciará mientras haya alguno pendiente, sin perjuicio de los que deban resolverse en ella.

De lo anterior podemos concluir que los incidentes pueden llegar a suspender el proferimiento de la sentencia, lo que en otras palabras valdría decir que en últimas sí se suspende el proceso.

Debe dársele a los incidentes un tratamiento más técnico y ajustado a la realidad del drama procesal. Cuando la cuestión accesoria que se proponga a través del incidente, constituya un antecedente lógico y jurídico de la sentencia, por los alcances que en ella tenga la decisión que se adopte en el incidente, es apenas obvio que la sentencia no pueda dictarse.

Existen otros casos en los cuales encontrándose en trámite un incidente, la decisión que deba adoptarse en él, en nada influye para la decisión de mérito que constituye la sentencia. El incidente de levantamiento de medidas cautelares en el proceso ejecutivo respecto de la sentencia de excepciones; el incidente de regulación de honorarios de un apoderado, remoción del secuestre de bienes, entre otros son ejemplos de lo anotado.

En consecuencia debe reformarse la norma mencionada para permitir que se dicte la sentencia cuando no exista prejudicialidad del incidente.

Consideramos que estos planteamientos son solamente el principio de una reflexión y un gran propósito de quienes hemos hecho del estudio del derecho procesal una norma de conducta.