



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Regulación del Abandono procesal en el COGEP y su conflicto con el Derecho
Laboral”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de:
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República

Autor:

PEDRO ANDRÉS ULLOA QUIZHPI

Director:

DR. WILSON OLMEDO PIEDRA IGLESIAS

Cuenca - Ecuador

2019

DEDICATORIA.

Este trabajo lo dedico a mi familia, Lucia, Juan, Sebastián, Priscila, Jorge y Gerardina, y a mis amigos, quienes ha sido, no solo mi apoyo, sino, mi mayor inspiración, y fueron mi compañía en cada paso de este largo y sobrio camino. A ellos, a quienes me encomiendo cuando no encuentro las respuestas a mis preguntas; a quienes les agradezco por los momentos únicos e irrepetibles de mi vida; con quienes aprendí que los recuerdos son el precio de un buen momento; a ellos, quienes me enseñaron que los problemas no son más que una oportunidad disfrazada, y que el éxito y el triunfo no son nada sino los compartimos; y, en especial, a Jorge Alejandro, quien es y será siempre mi inspiración y gran mentor.

AGRADECIMIENTO.

Agradezco a la Universidad del Azuay por los excelentes conocimientos y enseñanzas, y en especial a todos quienes forman parte de la carrera de Derecho por su especial dedicación a la docencia.

Y, agradezco al Doctor Wilson Olmedo Piedra Iglesias, por su tiempo y dedicación en la dirección del presente trabajo de titulación; agradezco su apoyo.

ÍNDICE DE CONTENIDO.

DEDICATORIA.	ii
AGRADECIMIENTO.	iii
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii

INTRODUCCIÓN.	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO: EL PROCESO Y LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL..... 4

1.1. Generalidades	4
1.2. El derecho de acción.....	5
1.2.1. Naturaleza jurídica	5
1.2.2. Concepto y elementos.	13
1.3. El proceso.	18
1.3.1. Generalidades.....	18
1.3.2. Naturaleza jurídica	19
1.3.3. Concepto y elementos	25
1.3.4. Finalidad.....	31
1.3.5. La relación jurídico procesal.....	33

CAPITULO SEGUNDO: LA REGULACIÓN DEL ABANDONO PROCESAL Y EL DESISTIMIENTO EN EL COGEP..... 38

2.1. Generalidades	38
--------------------------	----

2.2.	Formas de terminación anormal del proceso.....	41
2.3.	Concepto y características	44
2.4.	Desarrollo normativo en el CPC y en el COGEP	52
2.4.1.	El abandono procesal en el CPC y en el COGEP y sus efectos jurídicos 52	
2.4.2.	El desistimiento en el CPC y en el COGEP y sus efectos jurídicos	56
2.5.	El abandono procesal y los derechos irrenunciables de los trabajadores	58
 CAPÍTULO TERCERO: MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ABANDONO PROCESAL.....		63
3.1.	Generalidades	63
3.2.	Análisis de los derechos constitucionales vulnerados.....	65
3.3.	Propuesta de reforma a la figura del abandono procesal.....	68
3.4.	Modelos procesal colombiano: Desistimiento Tácito	72
CONCLUSIONES.		81
RECOMENDACIONES.....		84
BIBLIOGRAFÍA.		85

RESUMEN.

El presente trabajo de investigación contiene en cada uno de sus capítulos un análisis crítico acerca de la regulación del abandono procesal de nuestro sistema procesal ecuatoriano. Nuestros legisladores, con falta de probidad en su trabajo, codificaron el Código Orgánico General de Procesos sin una clara distinción de conceptos doctrinarios, entre la acción y el derecho pretendido en juicio, provocando una regulación deficiente, y sin precautelar la integridad de algunos derechos constitucionales como la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores. Esta falta de conocimiento de parte de nuestros legisladores ha provocado que, incluso, la posible solución a la regulación del abandono procesal planteada, por los mismos, a través del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, es insuficiente a la problemática que presenta el abandono procesal.

ABSTRACT

The present research work contains in each of its chapters a critical analysis of the regulation of the procedural abandonment of the Ecuadorian procedural system. Our legislators, with a lack of probity in their work, codified the General Organic Code of Processes without a clear distinction of doctrinal concepts between the action and the right tried in judgment. This provoked a deficient regulation and does not protect the integrity of some constitutional rights such as the inalienable rights of workers. This lack of knowledge on the part of our legislators has caused the possible solution to the regulation of the procedural abandonment raised through the Organic Law Project to Reform the General Organic Code of Processes to be insufficient to the problematic that presents the procedural abandonment.



Translated by
Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN.

El Código Órgano General de Procesos -en adelante COGEP-, que entro en vigencia el 22 de mayo de 2015, tuvo como propósito unificar los diferentes procesos judiciales que se encontraban dispersos en varias normas y, además, prestar celeridad a los mismos. A lo cual diremos que a pretexto de cumplir con este objetivo de dar una mayor agilidad a nuestro sistema procesal se cometieron errores de tipo, semántico, tipográfico o dogmático, que hemos sido capaces de presenciar después de un arduo estudio de los conceptos dogmáticos de las instituciones jurídicas pertinentes a nuestro estudio, esto nos demuestra el mal empleo de palabras o el uso de términos jurídicos inapropiados, lo cual conlleva a que nos encontremos con ciertas disposiciones normativas que muestran una regulación deficiente, inexacta o contraria a la doctrina.

El presente trabajo de titulación está encaminado a resaltar algunos inconvenientes, y plantear una solución a los mismos, presentes en la figura del abandono procesal regulada en el COGEP a causa de la falta de probidad y técnica con la que nuestros legisladores codifican, crean o modifican nuestras Leyes. Al parecer su técnica legislativa y conocimientos en la materia presentan serios inconvenientes, según iremos analizando a lo largo de nuestro estudio, provocando así una falta de armonía entre nuestro sistema jurídico y la doctrina.

La figura del abandono procesal es una sanción de naturaleza procesal que tiene por objeto impedir el retraso, la suspensión indefinida o provocar dilaciones al proceso. Según la doctrina, el abandono es una figura que debería atacar única y exclusivamente al proceso en sí, mas, no a la pretensión o al derecho sustancial referido en la demanda. Con la entrada en vigencia del COGEP se modificaron los efectos del abandono procesal provocando una restricción al ejercicio del derecho de acción, y en definitiva una confusión entre la figura principal y el desistimiento, dejando así desprotegido a la pretensión y al derecho material pretendido.

Estos inconvenientes han sido el principal motivo que nos condujo a realizar el presente estudio. Adicionalmente, a lo largo de nuestro estudio resaltaremos algunos de los errores cometidos en la codificación del COGEP producto de la defectuosa labor de nuestros legisladores. A fin de que el lector obtenga una comprensión esquematizada y sistemática sobre la problemática aquí planteada para lo cual explicaremos brevemente el contenido de cada uno de los capítulos que desarrollaremos a lo largo de nuestro estudio.

En el primer capítulo expondremos los estudios que se han realizado acerca del derecho de acción, desde el punto de vista procesal, el proceso y sus fenómenos, la relación jurídico-procesal, y demás actuaciones materiales y procesales pertinente para el inicio y desarrollo del proceso en sí. También, analizaremos la naturaleza jurídica, conceptos, elementos, finalidades, objeto, de cada uno de ellos a fin de exponer las diferentes doctrinas y explicar el desarrollo normal del proceso hasta su culminación.

También analizaremos los aspectos y situaciones que envuelve a la relación jurídica procesal y las situaciones que se presentarían ante la terminación anormal del proceso, específicamente, en el caso del abandono procesal bajo la regulación del COGEP.

En el segundo capítulo expondremos la problemática que conlleva la actual regulación del abandono procesal, comparándola con la figura del desistimiento y, simultáneamente, tomando en consideración los cambios que se han presentado con el Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC-.

Adicionalmente, si bien no es nuestro tema principal pero consideramos pertinente, también, expondremos los errores cometidos por el legislador en la regulación de las formas extraordinarias de conclusión del proceso contempladas en el Libro III Título III del COGEP. Finalmente analizaremos la consecuencia de los efectos del abandono procesal y del desistimiento en cuanto al derecho de acción y sobre la falta de

regulación de los derechos del trabajador como uno de los varios casos de improcedencia del abandono procesal en el artículo 247 del COGEP.

En el tercer capítulo analizaremos la posibilidad de un cambio en la regulación del procedimiento del abandono procesal y en especial de sus efectos a fin de proponer una mejor regulación que la de nuestros legisladores. Y, finalmente, resaltaremos el papel activo que puede tomar el juez ante la inminente terminación del proceso por falta impulso procesal de las partes. Estos dos puntos serán analizados tomando en consideración la regulación del desistimiento tácito contemplada en el sistema procesal colombiano.

CAPÍTULO PRIMERO: EL PROCESO Y LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL.

1.1. Generalidades

Si bien es cierto que el derecho surge como un imperativo social a fin de armonizar la convivencia humana y como un instrumento para lograr ciertos objetivos sociales como la paz, el orden, la seguridad y la justicia (García, 2016), es evidente que, en la naturaleza del ser humano se encuentra presente esa posibilidad de desconocer el ordenamiento jurídico. Esta situación es la que en un primer momento hizo necesario la aparición del derecho procesal. Esta surge con el propósito de dirimir el conflicto de intereses de sus asociados, y de sancionar toda conducta contraria a derecho, a través de un proceso guiado por un tercero (Camacho, 2016).

Para reforzar nuestra idea nos encontramos con PEÑAHERRERA, quien, citando a SAVIGNY, nos dice que el orden y el estado normal de las relaciones jurídicas con derechos y obligaciones creadas por el derecho subjetivo pueden ser violadas por la inteligencia y la libertad de las personas para lo cual emerge el derecho objetivo a fin de devolver ese orden establecido al derecho. Cuando el autor habla del derecho objetivo se refiere estrictamente al derecho procesal como aquella rama del ordenamiento jurídico que se encarga de reestablecer y devolver la paz, el orden, la seguridad social y la armonía a la sociedad (Peñaherrera, 1958).

Por lo tanto, podemos ver que el derecho procesal viene a ser el *“medio para la aplicación del derecho material o sustancial y, consecuentemente, que es lo especial o primordial, propender la conservación de la paz, la armonía y la seguridad social, para evitar así que se haga justicia por propia mano y el predominio del más fuerte”* (Camacho, 2016, pág. 12).

Para COUTURE existen, cuando menos, tres posibles medios que permiten la aplicación del derecho procesal a través de los cuales se restablecerá ese quebrantamiento al derecho: la auto tutela, la autocomposición y el proceso, de los cuales el proceso por confrontación con los demás medios ha sido el escogido por la mayoría de la doctrina (Couture, 2014).

Entonces cabe señalar que el proceso surge a consecuencia del ejercicio del derecho de acción, a través de la interposición de la demanda, siendo el medio escogido por la doctrina para devolver esa paz y orden a la sociedad mediante una sentencia o laudo arbitral expedida por el órgano jurisdiccional pertinente. Por lo tanto, el propósito de este capítulo es analizar las diferentes situaciones y fenómenos que rodean a la iniciación y el desarrollo del proceso. Una vez que el lector tenga una comprensión precisa y exacta sobre las instituciones, concepto y efectos que rodean al derecho de acción y al proceso en la actualidad podremos continuar con el segundo capítulo y examinar si la regulación del abandono procesal conforme lo establece el COGEP es la adecuada según la doctrina predominante.

1.2. El derecho de acción

1.2.1. Naturaleza jurídica

Comenzaremos nuestro estudio por analizar la naturaleza jurídica del derecho de acción pero desde el punto de vista procesal. Consideramos pertinente empezar por este tema pues hay que tener en cuenta que el ejercicio del derecho de acción da inicio al proceso y consecuentemente a la relación jurídico-procesal, por lo tanto aquel es consecuencia de este. Por ahora, para tener una noción básica del derecho de acción diremos que, este, es la especie dentro del derecho de petición consagrado en las constituciones de cada legislación, en nuestro caso consagrado en el artículo 66

numeral 22¹ de la Constitución de la República del Ecuador -en adelante CRE- como aquel derecho que permite a la persona a acudir a las autoridades para exigir o proponer una petición.

Podemos ver que este derecho, en materia procesal, representa tal importancia que, según CARNELUTTI, debe ser considerado como el pilar fundamental del derecho procesal (Carnelutti, 1959). SANTIS MELENDO, de igual manera, considera que sobre estudio del derecho de la acción gira alrededor todo el derecho procesal (Santis, 1958). Es por estas razones que consideramos pertinente que primero debemos analizar la acción para comprender el nacimiento del proceso y los fenómenos que ocurren en este.

En definitiva diremos que el derecho de acción para el derecho procesal es la piedra angular de este. Entonces cada vez que la doctrina ha presentado nuevas tendencias sobre su desarrollo veremos que de igual manera los conceptos, y demás estudios de las instituciones jurídicas procesales, se ven afectados y cambian los lineamientos de estos.

Es necesario en este punto hacer un estudio y análisis sobre los postulados que surgen a partir de las diferentes teorías y escuelas con sus respectivos autores que se han ha atrevido a tratar el tema del derecho de acción en materia procesal. Por lo tanto, analizaremos sobre sus características, elementos y finalidades que persigue para, así, tener una mayor comprensión acerca de los cambios que ha sufrido desde sus inicios hasta la actualidad, y comprender como está configurada la teoría del derecho de acción dentro del sistema procesal ecuatoriano.

¹ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

Comenzaremos por tratar de crear un mapa mental de las diferentes etapas históricas por las que ha atravesado la acción, tomando en consideración que cada teoría o escuela surge a consecuencia de la crítica de la que le precede, es esta crítica la que ha permitido el desarrollo de la acción hasta lo que hoy conocemos. Sin embargo, debemos tener claro que algunos juristas no solo critican algunas teorías para crear nuevas, sino que, algunos de ellos se encargan de perfeccionar los cimientos sobre los cuales otros juristas crearon sus teorías a fin de mejorarlas.

La doctrina ha expuesto dos grandes teorías acerca de la naturaleza jurídica del derecho de acción: teoría de la acción como inherente al derecho material y teoría de la acción como derecho autónomo. La segunda teoría se divide en dos tendencias: teorías concretas y teorías abstractas, las primeras se divide en dos grandes escuelas: alemana e italiana; y la segunda presentan algunos postulados, diferentes entre ellos, según la perspectiva de su autor sobre cuál es la real naturaleza de la acción.

La Teoría de la acción como inherente al derecho material, también conocida como escuela romana o clásica, tiene en sus filas a grandes seguidores como, SAVIGNY, DEMELOMBE, PLANIOL, CALAMANDREI, entre otros, quienes, consideraban, según sus postulados, que la acción comparte la misma naturaleza que el derecho material, a lo cual, por lo tanto se dice que, no existe acción sin derecho ni viceversa. Entre los errores más claros de esta teoría, resalta CAMACHO al igual que COUTURE, los siguientes: 1) consideraban al derecho procesal como un derecho complementario o accesorio al derecho material, 2) bajo las premisas de esta teoría, no se podía explicar los casos en los que el juez prolifera una sentencia desfavorable al demandante, 3) la acción estaba dirigida contra el demandado 4) confundían a la acción con el derecho material o pretensión, y, así, entre otros errores que presenta los postulados de esta teoría.

Pasamos a la Teoría de la acción como derecho autónomo, la cual, tiene por objeto separar la acción del derecho material. Esta teoría representa el punto de partida con

el cual el derecho procesal empezó a ser considerado como una rama autónoma e independiente del derecho subjetivo.

Como ya dijimos esta teoría se sub-clasifica en teorías concretas de la acción y teorías abstractas de la acción.

La primera tiene por objeto, como mencionamos, separar a la acción del derecho material pero supeditando la sentencia a un pronunciamiento favorable a la petición del demandante, lo que, a la final, hace que los postulados de esta teoría continúen atados a los de la escuela clásica impidiendo, así, por completo la separación de la acción con el derecho material. Dentro de las teorías concretas de la acción encontramos a la escuela alemana e italiana. Ambas escuelas representan suma importancia para la separación de la acción con el derecho material. Por un lado la escuela alemana se encargó de configurar los primeros postulados de esta teoría, mientras que, la escuela italiana se encargó de desarrollar y divulgarlos.

La escuela alemana, por una parte, guiada por WIDSCHEID considero que el desconocimiento o violación de un derecho generaba una pretensión a favor del demandado para reclamar en juicio la aplicación de la Ley. Esta teoría confunde a la acción con la pretensión jurídica, a lo cual, debemos decir son completamente distintas sin embargo ambas se encuentran presente en la demanda. Por otra parte, MUTHER y WACH, si bien sus teorías representaron un gran paso en el estudio del derecho procesal como una rama autónoma del derecho, consideraron que la acción es un derecho subjetivo público, pero, sin embargo nuevamente cometiendo el mismo error, pues, sus postulados manifiestan la necesidad de obtener una decisión favorable a las peticiones del demandante con lo cual nuevamente demuestran que la acción seguía atada al derecho material.

Los aportes de la escuela alemana fueron de vital importancia para comenzar a ubicar al derecho procesal en el campo del derecho público, a pesar de dichos esfuerzos, esta

escuela cometió el error de interponer el interés particular por encima del público al entender que el Estado tiene la obligación de acoger la pretensión del demandante, lo cual en el fondo evitaba que la acción sea considerada como un derecho autónomo.

En vista de que la escuela alemana se encontraba estancada en sus intenciones de finalmente separar a la acción del derecho material surge la escuela italiana. La cual veremos tampoco lo puede lograr. Esta escuela estuvo dirigida por CHIOVENDA, quien debemos decir es seguidor de algunos de los postulados de la escuela alemana, consideró a la acción como un derecho potestativo, es decir, un poder jurídico que somete a un sujeto a la voluntad de otro a través de la intervención del Estado.

Los aportes de CHIOVENDA fueron vitales para el desarrollo, en especial, de la comprensión de la relación jurídico-procesal, sin embargo cometió el mismo error de la escuela alemana al establecer la necesidad de alcanzar un pronunciamiento favorable a las peticiones del demandante y, también, al considerar que la acción debe ser dirigida contra el demandado. Nuevamente las intenciones de separar a la acción del derecho material se ven reprimidas pues como veremos CHIOVENDA confunde la acción con la pretensión, pues la pretensión es la que busca alcanzar un resultado favorable a través de la sentencia y, además, esta está dirigida al demandado mas no al Estado.

Debemos rescatar que si bien los aportes de ambas escuelas establecieron los cimientos necesarios para lograr la separación de la acción del derecho material el desarrollo de los mismos no fue el correcto ya que claramente la acción seguía confundida con la pretensión, lo que impedía que la acción sea un derecho autónomo por excelencia. Todo esto evidenciaba que el ejercicio de la acción continuaba ligado a la titularidad del derecho material lo que hacía pensar que aún faltaba mucho por hacer. Sin embargo esta situación obligo a que futuras teorías y juristas buscaran alcanzar una solución a esta confusión lo cual dio nacimiento a las teorías abstractas de la acción.

Esta segunda teoría, al igual que la primera, tiene por objeto separar a la acción del derecho material pero, a diferencia de la primera, considerando a aquel como un derecho abstracto, por lo tanto no existía la necesidad de obtener un pronunciamiento favorable a la petición del demandante. Esta posición representó un paso muy importante en el avance de esta teoría de la acción, finalmente se presentaba la posibilidad de ejercer el derecho de acción sin considerar la existencia o no del derecho material o su titularidad. El principal precursor de estas ideas y quien sustenta esta teoría es CARNELUTTI, posteriormente sus postulados sirven de base para el desarrollo de las teorías de ROCCO, COUTURE, GUASP y entre otros como DEVIS ECHANDIA, quien también sustenta esta tesis. Actualmente esta teoría es la de mayor aceptación en la doctrina y la más utilizada para la construcción de un sistema procesal en las legislaciones de otros países. Como manifestamos en un inicio diferentes autores han expuesto sus propias posiciones sobre esta teoría. Entonces nos encontramos ante 3 concepciones, no contradictorias pero si diferentes, sobre la acción: 1) como un derecho sujeto, 2) como una prestación de la jurisdicción y 3) como un poder jurídico.

La primera posición sustentada por CARNELUTTI, considera a la acción como un derecho subjetivo procesal, no material, que precede al proceso y es de carácter abstracto, autónomo y procesal. Es autónomo porque este es diferente tanto de la pretensión como del derecho material, así, como lo determinó la escuela alemana pero no desarrolló correctamente, por lo tanto, es una rama del derecho ubicada en el derecho público. Y, es de carácter abstracto por estar encaminada a la composición del litigio para alcanzar una sentencia sin tomar en consideración quien sea la persona que interponga la acción ni lo que reclama, por lo tanto el derecho de acción comenzó a ser visto como aquel derecho que podía ser ejercido por cualquier persona.

Si bien la doctrina considera que los estudios de CARNELUTTI fueron de vital importancia para alcanzar lo que es hoy en día la teoría de la acción también, hay que considerar que, se cometieron algunos errores en sus postulados, por ejemplo, según DEVIS ECHANDIA, predispone el ejercicio de la acción a la existencia de un litigio o controversia, es decir a la contraposición de interés, lo cual no es del todo cierto, pues, existen situaciones en la que el ejercicio de la acción presupone un acuerdo de

intereses, por ejemplo, en los casos de la jurisdicción voluntaria. De igual manera, considera que el ejercicio de la acción no se interpone en contra del Estado, sino dirigido a éste, pues, contra el Estado no existe ningún interés contrapuesto sino se busca que a través de éste se busque la composición pacífica del litigio (Devis Echandía, 1972).

Tomando como bases las hipótesis de CARNELUTTI, la segunda postura está sustentada por ROCCO, quien considera a la acción como una prestación jurisdiccional por ser esta el objeto de la acción. La teoría de ROCCO coincide en la misma de CARNELUTTI al considerar a la acción como un derecho subjetivo, autónomo, público y de carácter abstracto, con la diferencia de que ROCCO considera que la acción es aquella relación que surge entre el demandante y el Estado para que con la intervención de este y la concesión de la jurisdicción se declare la certeza y la realización de los intereses tanto procesales como materiales tutelados por las normas. Considera que la acción tiene como sujeto activo al demandante y como sujeto pasivo al Estado, tiene por objeto la prestación de la jurisdicción y finalmente que su contenido está representado por la pretensión del demandante (Rocco, 1969). ROCCO, se podría decir, perfecciona la teoría de CARNELUTTI, explica de una manera muy convincente que los elementos que componen la acción dejan de ser abstractos con la interposición de la demanda para convertirse en concretos, es decir se individualiza al sujeto activo, sujeto pasivo y al objeto.

La teoría de ROCCO es muy importante pues corrige el error de en los postulados de CARNELUTTI, al considerar al Estado como sujeto pasivo de la acción y no al juez en estricto sentido, y además califica como derecho de contradicción el derecho de acción del demandado (Camacho, 2016).

El tercer y último postulado está sustentado por COUTURE, quien considera a la acción como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (Couture, 2014, pág. 57). Cuando el autor se refiere específicamente a ese poder de poner en actividad

la rama jurisdiccional a fin de que surja el proceso lo considera como un atributo de la personalidad del ser humano, el cual puede ser ejercido por lo que cualquier persona que ostente dicha calidad. COUTURE es quien resalta la importancia de la acción como un derecho constitucional, el cual es la especie del derecho de petición consagrado en todas las constituciones, es por esta razón que considera a la acción como uno de los derechos cívicos inherentes al ser humano, lo cual lo lleva a considerar que cualquier Ley que prive de este derecho sería inconstitucional.

Los postulados de COUTURE, coinciden con los de CARNELUTTI y ROCCO, considera que la acción es un derecho autónomo, abstracto y público con la diferencia de que no es derecho subjetivo sino como un poder jurídico al ser un atributo de la personalidad del ser humano del cual no puede ser privado.

DEVIS ECHANDIA quien, también es participe de las teorías abstractas de la acción, sintetiza y analiza de una manera muy concreta las características que revisten a la acción. Considera que la acción es un derecho, autónomo, subjetivo, individual, publico, cívico y abstracto, por las mismas razones que ya hemos expuesto con anterioridad (Devis Echandía, 1966). Más adelante veremos y analizaremos la importancia del concepto del autor sobre la acción, pues, consideramos, que es uno de los más completos pues abarca las más variadas situaciones que se pueden presentar en el ejercicio del derecho de acción.

En nuestro sistema procesal ecuatoriano se recogen los postulados de la teoría abstracta de la acción, aunque, como veremos, en el segundo capítulo, cuando analicemos la regulación del abandono procesal y del desistimiento, al legislador parece ser que se le olvido tomar en cuenta los postulados de esta doctrina. Por lo tanto podemos concluir que nuestro sistema está fuertemente influenciado por la doctrina de COUTURE, DEVIS ECHANDIA, ROCCO y CARNELUTTI, entre otros, al considerar a la acción como un derecho subjetivo, publico, abstracto y autónomo que tiene por objeto la realización de un proceso a fin de obtener una sentencia.

1.2.2. Concepto y elementos.

La palabra acción en el derecho puede ser polisémica, es decir presentar una multiplicidad de significados pero a nosotros solo nos interesa aquel relacionado con el derecho procesal. CAMACHO es muy oportuno al decir que mucho dependerá la teoría que se elija para poder dar un concepto de la acción y es por eso que veremos cómo estos varían según la pertenencia de los autores a las diferentes escuelas y teorías (Camacho, 2016).

Para CALAMANDRAI, SAVIGNY, DEMBOLOMBE, seguidores de la escuela clásica, la acción es “el derecho en movimiento, o el derecho elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra” (Couture, 2014, pág. 51), es decir, la consideraban como el derecho en movimiento a consecuencia de su violación. Así también autores como WIDSCHEID, participe de la escuela alemana, considero que la acción era la pretensión jurídica establecida en el juicio (Camacho, 2016).

Estos conceptos enunciados los consideramos, única y exclusivamente, de manera indicativa a fin de mostrar los cambios que se han ido presentando a lo largo de desarrollo del derecho de acción, pues, estas doctrinas han quedado en el pasado como podemos ver confunden el derecho de acción con el derecho material o la pretensión.

A continuación enunciaremos algunos conceptos que presentan una mayor influencia en la actual doctrina del derecho de acción y que, además, fueron la base para que futuros juristas terminen de construir lo que hoy por hoy entendemos por derecho de acción.

CHIOVENDA, quien es creador de la escuela italiana, dice que la acción es “el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, mediante

la intervención de los órganos jurisdiccionales” (Chiovenda, 1954, pág. 72). Su concepto es adecuado a la noción de las teorías hoy en día predominantes, pues, no toman en consideración la titularidad ni la existencia del derecho material.

Para CARNELUTTI la acción es el “derecho subjetivo que tienen el individuo como ciudadano para obtener del Estado la composición de un litigio” (Carnelutti, 1959, pág. 44). Si bien CARNELUTTI fue uno de los grandes procesalistas que revolucionó en el ámbito del derecho procesal al desvincular la acción del derecho material, su concepto condiciona el ejercicio del derecho de acción a la existencia de un conflicto o controversia dejando así de un lado la jurisdicción voluntaria.

Para GUASP la acción “es una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a la persona determina y distinta del autor” (Guasp, 1968, pág. 54).

Para ROCCO, quien, en la misma línea de CARNULETTI, da una definición más acertada, dice que la acción es “el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración de la certeza o la coacción de los intereses, materiales o procesal, tutelados en abstracto por las normas de derecho subjetivo” (Rocco, 1969, pág. 253). Como podemos ver este concepto es acertado a la actual doctrina de la acción.

Para COUTURE la acción es el poder jurídico que ostenta todo sujeto de derecho con el cual todo sujeto puede recurrir y accionar el aparato jurisdiccional y obtener de éste un pronunciamiento relacionado con la pretensión que este busca satisfacer. Para el autor este poder jurídico es un atributo de la personalidad del ser humano (Couture, 2014).

Muchos han criticado la teoría de COUTURE diciendo que no se puede asimilar la acción como un poder jurídico cuando en realidad se trata de un derecho subjetivo. A fin de aclarar esta disconformidad, DEVIS ECHANDIA, manifiesta que no es una idea contrapuesta la que presenta COUTURE sino solo hay que aclararla. Dice que cuando hablamos de poder jurídico nos estaríamos refiriendo al derecho de petición, es decir el género, y cuando hablamos de la acción, que es la especie, debería ser considerada un derecho público subjetivo (Devis Echandía, 1972). Lo cual consideramos es una distinción muy oportuna para esta discusión que se presenta entre juristas.

Para DEVIS ECHANDIA la acción *“es el derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona, natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso en concreto, mediante una sentencia y a través de un proceso, con el fin de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar de los derechos o relación jurídico-materiales, consagrados en el derecho objetivo, que pretende tener quien la ejercita”* (Devis Echandía, 1963, pág. 185). Esta concepción es clara y completa, pues toma en consideración todas las características que reviste las teorías abstractas de la acción, de igual manera considera que el único propósito de la acción es la expedición de una sentencia sin importar si acoge o no la pretensión del demandado. Finalmente establece diferentes fines por los cuales se interpone la acción en razón de la más variada clasificación de procesos según la pretensión que persiguen.

Una vez que hemos expuesto algunos de los conceptos de los autores más trascendentales en el derecho procesal podemos comprender cuál es la noción que envuelve al derecho de acción desde el punto de vista procesal. Como resultado del desarrollo doctrinario que hemos visto, es evidente que, la acción es totalmente diferente del derecho material y de la pretensión misma, lo que en sus inicios claramente estuvo confundido por varios autores. Si bien es cierto, como dijimos antes, tanto la pretensión, el derecho material como la acción son diferentes entre sí, por lo tanto debemos considerar lo dicho por CARNELUTTI. Él considera que si bien la acción y el derecho material son autónomos uno del otro, tienen un punto de contacto entre ambas que es la pretensión propuesta en la demanda, según el autor, esta

establece los límites de la acción en el pronunciamiento en sentencia (Carnelutti, 1959). Con lo cual podemos concluir que si bien estos tres conceptos son diferentes entre sí, no es menos cierto que guarda relación al momento de la interposición de una demanda. Por lo cual, a fin de volver a evitar confusiones es oportuno aclarar el concepto de pretensión.

CAMACHO señala que la pretensión es una institución que nace en el derecho procesal a raíz del desarrollo de las teorías del derecho de acción, y especialmente toma su sentido en los postulados de las teorías abstractas de la acción. Para el autor la “pretensión es el acto de voluntad de una persona, en virtud del cual se reclama del Estado, por conducto de la jurisdicción, un derecho frente o a cargo de otra persona” (Camacho, 2016, pág. 307).

Para COUTURE la pretensión es la “auto atribución de un derecho por parte de alguien que, invocándole, pide que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (Couture, 2014, pág. 86)

Cuando revisemos los conceptos de pretensión en la doctrina de GUASP debemos ser muy cautelosos, pues, confunde la noción de acción con la pretensión procesal, es por eso cuando veamos su concepto de pretensión procesal debemos tener claro que se habla del concepto de acción según ya dijimos anteriormente.

Para CARNELUTTI la pretensión “es la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio” (Carnelutti, 1959, pág. 44)

Para DEVIS ECHANDIA es “la declaración de voluntad del demandante para que se vincule al demandado en cierto sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante la sentencia” (Devis Echandía, 1962, pág. 97).

En síntesis podemos decir que existen algunas diferencias que podemos observar entre el derecho de acción, el derecho material y la pretensión. Los primeros son como su denominación los describe, son derechos, mientras que la pretensión es un acto jurídico al ser una manifestación de voluntad del accionante. Tomando las palabras de GUASP diremos que “la pretensión es una declaración de voluntad, no una declaración de ciencia ni de sentimientos, porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente” (Guasp, 1968, pág. 31).

Si bien dijimos que la pretensión es el punto de encuentro entre estos dos derechos, es evidente que entre la pretensión y el derecho material existe una mayor cercanía que con la acción, sin embargo debemos tener en cuenta que puede que la pretensión no siempre este fundada en el derecho material o, que, quien exige cierto derecho sea su titular (Carnelutti, 1959). Es por esto que mientras que la acción tiene por objeto la proliferación de una sentencia, la pretensión tiene por objeto alcanzar un resultado favorable de esa sentencia. Un punto que provoco confusión en algunos juristas al momento de desvincular la acción del derecho material fue la definición de los sujetos que la conformaban, en cuanto a la pretensión el sujeto activo es el demandante y el sujeto pasivo es el demandado, mientras que, en el caso de la acción el sujeto activo es el demandante y el sujeto pasivo es el Estado y de esta relación no participa el demandado más que a través del derecho de contradicción.

Para continuar reforzando nuestras conclusiones, CARNELUTTI diferencia la pretensión con la acción en base a los siguientes puntos: 1) la acción es el derecho de proponer una actividad de un funcionario jurisdiccional, mientras que la pretensión supone la subordinación de un interés ajeno al propio, 2) la acción es un derecho subjetivo, mientras que la pretensión es un acto jurídico, 3) la acción persigue el pronunciamiento a través de una sentencia que resuelva el litigio, mientras que la pretensión busca obtener un pronunciamiento favorable para el accionante, 4) la acción es ejercida por el demandante en contra del juez, mientras que la pretensión es ejercida por el demandante y dirigida a la contraparte (Carnelutti, 1959).

COUTURE es preciso al notar que CARNELUTTI en el desarrollo de su teoría se equivoca al pensar que el sujeto pasivo es, en específico, un Juez cuando en realidad es la figura del Estado soberano quien enviste de poder a un funcionario en particular de poderes para ejercer la función jurisdiccional. Por esta razón, CARNELUTTI en el primer punto habla de un funcionario jurisdiccional cuando debería referirse al órgano jurisdiccional en concreto, de igual manera en el punto cuatro dice que el sujeto pasivo es el Juez contra quien se dirige la acción, cuando en realidad es al órgano de administración de justicia (Couture, 2014).

Para completar y aclarar esta hipótesis DEVIS ECHANDIA dice que, ambos autores están equivocados porque, la acción no se ejerce en contra del Estado, sino se dirige hacia el Estado en vista de que este no es parte del conflicto (Devis Echandía, 1972).

Finalmente podemos observar que de nuestras conclusiones según el estudio que hasta el momento hemos realizado, y analizando las teorías de algunos autores, es claro que tanto la acción como la pretensión tienen una fuente distinta, su objeto es diferente y cada una persigue una finalidad particular. Lo que nos interesa es tener clara esta distinción, pues, como veremos en el segundo capítulo es importante saber cuáles son las consecuencias jurídicas de cada una de éstas, según la regulación de nuestro COGEP, cuando se declara el abandono procesal y el desistimiento.

1.3. El proceso.

1.3.1. Generalidades.

Una vez que hemos analizado la acción y las consecuencias de su ejercicio desde la óptica del derecho procesal, es pertinente que, ahora, analicemos el proceso. Como mencionamos anteriormente el proceso es un medio de realización de la justicia y de restauración del derecho ante su violación o afectación. Es por eso que el proceso es el mecanismo idóneo a través del cual se tramita la acción, y por lo tanto, tomando las

palabras de ALSINA, “la jurisdicción, acción y proceso son así conceptos correlativos” (Alsina, 1963, pág. 32).

De igual manera COUTURE, tiene en cuenta la especial relación que existe entre la acción y el proceso, es por esta razón que, manifiesta que, el derecho de acción se desarrolla a través del proceso en el cual no se considera el fundamento de la petición del demandante, sino, solo a través de la sentencia. Por lo tanto, diremos que el proceso es la consecuencia del ejercicio de la acción del cual surgen derechos, deberes y obligaciones pero de carácter procesal diferentes a los del derecho material discutido (Couture, 2014).

Es por esta correlación existente entre estos conceptos que consideramos pertinente primero analizar la acción, como institución y derecho, para ahora seguir con el estudio y análisis de los fenómenos que componen al proceso y sobre la relación jurídico-procesal para que en siguiente capítulo que trataremos sobre el abandono procesal como una de las formas de terminación anormal del proceso y podamos discutir los derechos y obligaciones que se extinguen ante su declaración.

1.3.2. Naturaleza jurídica

Para alcanzar una adecuada comprensión de lo que se debe entender por el proceso es pertinente analizar la naturaleza jurídica del mismo. Antes de analizar las diferentes doctrinas que han tratado de justificar la naturaleza jurídica del proceso, nos parece interesante la posición de COUTURE sobre esta situación. Nos dice que la naturaleza jurídica del proceso no solo es una investigación teórica del mismo, sino que, su estudio tiene una incidencia de índole práctico (Couture, 2014). De igual manera, según CAMACHO las teorías que determinan la naturaleza del proceso no son simples especulaciones que nos ayudan a determinar cuál será el criterio con el cual se maneje el proceso sino más bien nos ayudan a comprender los diferentes fenómenos que toman lugar en el desarrollo del mismo (Camacho, 2016).

En consecuencia podemos decir que la teoría que se elija para determinar la naturaleza del proceso no solamente servirá para describirlo, sino, además, justificara las consecuencias de su iniciación, desarrollo y/o terminación. Este análisis que desarrollaremos a continuación nos ayudara a comprender algunos de los errores cometidos por el legislador en la regulación del abandono procesal y del desistimiento en el COGEP; los cuales serán analizados en el siguiente capítulo.

La doctrina ha presentado varias posibles teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso: 1) contractualista, 2) cuasi-contractualista, 3) relación jurídico-procesal, 4) situación jurídica, 5) entendida jurídica compleja, 6) institución procesal. De todas estas posibles teorías la que mayor aceptación e incidencia ha tenido en la doctrina es la de la relación jurídico-procesal, la cual analizaremos a continuación, aunque, también, ha sido objeto de serias críticas (Couture, 2014).

La teoría del proceso como relación jurídico-procesal –o relación procesal- tuvo sus inicios en autores como HEGELBENTHAM y BULOW, pero quien se encargó de ubicarla como pilar fundamental de su teoría y resalto su importancia fue CHIOVENDA en sus publicaciones (Camacho, 2016).

CHIOVENDA toma en cuenta que si bien la teoría de la relación jurídico-procesal representa la naturaleza jurídica del proceso, esta surge a consecuencia del ejercicio del derecho de acción. Por lo tanto no debemos confundir a la relación procesal con la relación material, esta última nace del mismo derecho subjetivo y será sobre lo que el juez se pronunciara en la sentencia determinando si la pretensión es o no fundada (Chiovenda, 1954).

La teoría de la relación procesal, en primer lugar, parte de la propia concepción de la denominación de su palabra relación. Para COUTURE, en el campo del proceso, la palabra relación “en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, se

no tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales” (Couture, 2014, pág. 109). Dicho lo anterior, el autor cuando se refiere a la teoría de la relación jurídico-procesal, por la naturaleza de su denominación, implica un orden estricto de actuaciones procesales al cual están ligadas las partes procesales (Couture, 2014). Es decir esta teoría lo que busca es crear un orden adecuado de las conductas de los sujetos procesales en cuanto a los poderes y facultades en que se hallan cada uno.

CHIOVENDA explica el fundamento de la teoría de la relación jurídico- procesal desde varios aspectos.

1. Según sus intervinientes-. Por un parte encontramos al órgano jurisdiccional y por otra encontramos a las partes procesales, es decir demandante y demandado, también, se incluye a los terceros intervinientes quienes comparecen a reclamar o hacer valer sus derechos en el proceso. Aquí vemos cierta diferencia con el derecho de acción, en cuanto el sujeto activo es el demandante y el sujeto pasivo es el Estado, más de esta relación no participa el demandado, sino a través del derecho de contradicción, esto ya fue mencionado con anterioridad, lo recordamos a fin de resaltar comparaciones entre la acción y proceso.
2. Por su contenido-. El autor manifiesta que el deber fundamental del juez dentro del proceso es el de proveer todos y cada uno de las peticiones realizadas por las partes. CAMACHO manifiesta que este deber es el esqueleto de la relación procesal y de vital importancia para que el juez pueda aceptar o rechazar la demanda (Camacho, 2016). Igualmente DEVIS ECHANDIA y COUTURE concuerdan en que el objeto del proceso es la obligación del juez de proveer todas las peticiones realizadas por las partes y éste no puede negarse a su evacuación bajo pretexto de obscuridad, silencio o insuficiencia de norma.

3. Por su constitución-. La relación procesal nace con la interposición de la demanda del demandante y a esta se vinculara el demandado a través de la primera notificación mediante el auto que admite dicha demanda. Debemos precisar lo comentado por CHIOVENDA en este punto cuando se refiere a las dos etapas o momentos de la relación procesal: la relación procesal perfecta e imperfecta. La primera cuando la demanda ha sido interpuesta ante el órgano jurisdiccional y la segunda cuando se vincula al demandado a través de la citación o comunicación de la providencia de admisión. Por lo tanto la obligación del órgano jurisdiccional de proveer las peticiones da inicio con la interposición de demanda.

4. Por su naturaleza jurídica-. La relación jurídica procesal cuenta con ciertas características: autónoma, compleja, de derecho público, dinámica. Estas características serán analizadas más adelante.

5. Por su integración-. Sobre este punto no existe uniformidad en la doctrina pero la teoría que mayor aceptación ha tenido es la de WACH, quien, considera que, la relación procesal se representa de forma triangular, es decir entre el juez, demandado y demandante. Es por esto que, según COUTURE, si bien el proceso es una relación jurídica, en la totalidad de su unidad, nada impide que también encontremos varias relaciones jurídicas (Couture, 2014), las cuales, según WACH, se formarían entre las partes y entre el juez y las partes.

6. Por su desarrollo-. Cuando la relación procesal se encuentra integrada esta se desarrolla a través de lo que se denomina los actos procesales que son realizados tanto por el juez como por las partes. Actos que se entienden como actuaciones coordinadas encaminadas al pronunciamiento de una sentencia, entendidos también como el medio para que el proceso inicie, se desarrolle y concluya. COUTURE al referirse a estos actos menciona la posibilidad de que estos actos puedan crear, modificar o extinguir efectos procesales, también dice que la principal característica es la sucesión de estos que, es lo que, asegura la

continuidad y dinámica del proceso (Couture, 2014). Por lo tanto la ejecución de los diferentes actos procesales es lo que permite tanto la creación, el desarrollo y terminación del proceso para así alcanzar una sentencia que es el objeto del derecho de acción.

Como podemos observar el estudio realizado por CHIOVENDA es preciso y muy claro acerca de la relación procesal, además que con estas aclaraciones es evidente que no podemos confundirla con la relación material o la pretensión, ni siquiera con la misma acción a pesar de que aquella nace a consecuencia de esta. Estas precisiones nos ayudaran a esclarecer los efectos legales que provoca el abandono procesal, según el COGEP, para poder comparar con los efectos que contempla la doctrina sobre este tema de estudio, con lo cual finalmente podremos resaltar la falta de conocimientos de sobre la materia de nuestros legisladores y su deficiente técnica legislativa.

Volviendo a nuestro estudio central nos adherimos a las palabras de CHIOVENDA al precisar que la relación jurídica procesal que surge a consecuencia del proceso y del ejercicio de la acción es fuente de derechos y obligaciones procesales tanto para las partes como para el juez. Postulados que son ratificados por DEVIS ECHANDIA, ROCCO, MORALES, COUTURE, este último denomino a este conjunto de poderes como imperativos procesales.

Estos son mandatos impuestos a las partes, al órgano jurisdiccional, e incluso también, a los órganos auxiliares de la jurisdicción y a los terceros que comparecen hacer valer sus derechos en el proceso, tiene por objeto crear, modificar o extinguir efectos procesales, no materiales, a fin de que el proceso se inicie, desarrolle y/o termine (Camacho, 2016).

Dentro de los imperativos procesales encontramos a los deberes, obligaciones y cargas procesales. Los primeros tienen por objeto alcanzar el normal desarrollo del proceso, y miran el interés de la sociedad. Los segundos, al igual que en el campo del derecho

sustancial, son prestaciones impuestas por un vínculo jurídico a consecuencia de una actuación procesal, donde encontramos un acreedor y deudor, como por ejemplo el cobro de costas procesales (Camacho, 2016), por lo tanto esta obligación se impone en interés de un tercero; y finalmente, los terceros, utilizamos a COUTURE quien es preciso en definirlos, pues dice, que, representan una “situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa” (Couture, 2014, pág. 173). Es importante no confundir la omisión de la realización de la carga procesal que no genera ningún derecho ni menos una obligación, simplemente su omisión genera situaciones gravosas para la parte que no realice dicha actuación.

En síntesis, debemos ser precisos y no confundir los imperativos procesales con los derechos y obligaciones que del derecho material pueden surgir. Cada uno responde a una situación diferente. Es verdad que ambos se encuentran entrelazados por un mismo proceso pero cada uno tiene una fuente diferente. Los derechos y obligaciones que surgen de la relación material pueden estar plasmados en la pretensión y serán discutidos a lo largo del proceso; su otorgamiento o negación se la realizara con el pronunciamiento del juez a través de la sentencia. Mientras que los imperativos procesales son aquellos que se encargan de procurar que el proceso mantenga su continuidad y sucesión a fin de llegar hasta el final para alcanzar el momento oportuno en el que el juez pueda proferir dicha sentencia. Por lo tanto podemos inferir que, los imperativos procesales están interesados en la composición y el normal desarrollo del proceso, mientras que los derechos y obligaciones materiales se enfocan en la Litis² que será objeto de solución a través de la sentencia.

Finalmente, después de lo analizado, podemos tener claro cuál es la concepción predominante en la doctrina acerca del proceso y la relación jurídico-procesal. Estos conocimientos nos serán suficientes para poder formar un pensamiento crítico sobre la

² Litis.- Pleito, causa, juicio, lite (Diccionario Jurídico de Cabanellas)

actual regulación del abandono procesal y, de igual manera, resaltar las inconsistencias que presenta nuestro sistema legal en materia procesal con la doctrina.

1.3.3. Concepto y elementos

Una vez que hemos analizado la naturaleza jurídica que envuelve al proceso es preciso observar cuales son los conceptos que la doctrina nos trae. Esto con el propósito de tener claro cuáles son las consecuencias del abandono procesal, es decir cuál es el alcance de sus efectos y a que elementos ataca para que en el siguiente capítulo podamos tener claro y poder distinguir lo que la doctrina establece y lo que en la práctica sucede según el COGEP.

Según el Diccionario de Derecho Procesal Civil de EDUARDO PALLADARES el proceso es *“una serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo, y se encuentran concatenados entre sí para el fin u objeto que se quieren realizar con ellos. Lo que da unidad y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue”* (Pallares, 1956).

Para COUTURE el proceso representa una unidad que a su vez es un conjunto de actos de conducta jurídica, el cual ha sido aceptado por la doctrina como el medio idóneo para la solución de intereses con relevancia jurídica de los asociados, ya que la hipótesis del proceso es que el conflicto sea resuelto por un tercero imparcial. De igual manera, considera que el proceso implica un conjunto de relaciones de carácter procesal entre las partes, agentes de la jurisdicción y demás auxiliares que tiene por objeto la solución de un conflicto a través de una decisión que alcance el carácter de cosa juzgada (Couture, 2014).

Para CHIOVENDA “el proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley, por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria” (Chiovenda, 1954, pág. 41)

Para GUASP “el proceso es una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello” (Guasp, 1968, pág. 244)

Para CARNELUTTI “proceso es el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio” (Carnelutti, 1944, pág. 396). Este concepto merece ser observado, por cuanto, el autor comete un error evidente al excluir de su definición a aquellas causas que se tramitan a través de la jurisdicción voluntaria, pues cuando, usa la palabra litigio nos estamos refiriendo única y exclusivamente aquellas causas pertenecientes a la jurisdicción contenciosa por suponer la contraposición de intereses entre las partes (Devis Echandía, 1966).

Para CAMACHO el proceso en su sentido estricto “es el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción los demás sujetos que actúan, con el fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caos en concreto (Camacho, 2016, pág. 66)”. El propio autor analiza cada uno de los elementos que componen su concepto del derecho procesal. Su concepto consta de 4 elementos: 1) conjunto de actos coordinados y sucesivos, 2) órganos investidos de jurisdicción 3), otros sujetos distintos del órgano jurisdiccional y, por último, 4) finalidad del proceso está en la aplicación de la ley material.

El primer elemento hace referencia a una multiplicidad de actuaciones tanto de las partes como del órgano jurisdiccional y sus auxiliares. Dos adjetivos acompañan a este primer elemento: la coordinación y la sucesión. Si bien los actos son independientes unos entre otros, deben mantener un orden y armonía unos con otros ya que uno constituyen la premisa esencial del siguiente y así consecuentemente pues todos estos actos están encaminados a alcanzar una sentencia, sea o no favorable pues esto ya dependerá de los requisitos que reúna la pretensión.

En cuanto al segundo elemento, única y exclusivamente, aquellos órganos estatales investidos de potestades jurisdiccionales pueden ordenar la composición del litigio

El tercer elemento está relacionado con la posibilidad de la participación transitoria o permanente de terceros ajenos al conflicto pero que tienen un interés en este, su participación está garantizada en el proceso a través de lo que se denomina como tercerías.

Finalmente, el último elemento hace especial énfasis al decir que el proceso cumple con una de las características del derecho procesal de ser un derecho de índole instrumental al buscar la aplicación del derecho sustancial a un caso en específico (Camacho, 2016). Esta finalidad al igual que la manifestada por CHIOVENDA no es correcta según veremos a continuación.

Dicho lo anterior, considero que las siguientes concepciones son las más completas y que están conforme a la doctrina predominante.

Para ROCCO, en uso de una definición técnica, considera que el proceso es “el conjunto de actividades del órgano jurisdiccional y de las partes, necesarias para la declaración o la realización coactiva de los tutelados por la norma jurídica, en caso de incertidumbre o de inobservancia de la misma norma” (Rocco, 1969, pág. 109).

Para DEVIS ECHANDIA el proceso civil “*es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener la declaración, defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privada o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción mediante la actuación de la Ley en un caso en concreto*” (Devis Echandía, 1966, pág. 131). Considero que esta concepción responde

a diferentes necesidades y situaciones que pueden presentarse en el proceso, por una parte, prevé la posibilidad de los diferentes tipos de procesos que pueden ocurrir como, declarativo, ejecutivo, cautelar, ordinario, también considera que la actuación de la Ley no es la finalidad del proceso sino el medio para resolver sobre la incertidumbre, desconocimiento o insatisfacción de los derechos, contrario a lo que establece CAMACHO, CARNELUTTI, entre otros.

Si tomamos como punto de referencia la concepción de DEVIS ECHANDIA diremos claramente que las demás concepciones que hemos mencionado no prevén las diferentes situaciones que pueden tomar lugar en el proceso como él lo hace. De igual manera, su concepción no solo se limita a la violación o inobservancia de la norma como lo hacen la mayoría sino también en caso de incertidumbre. Incluso DEVIS ECHANDIA incluye en su concepto las situaciones relativas a los procesos de jurisdicción voluntaria.

Generalmente la palabra proceso se confunde con otros términos que expresan una idea similar como procedimiento, juicio, litigio, entre otras, lo que conlleva a una confusión de conceptos y configuran una idea errónea del mismo. Es por eso que brevemente expondremos los conceptos de procedimiento y juicio, recordemos durante mucho tiempo las nociones del proceso y del procedimiento estuvieron confundidas hasta que CARNELUTTI las separo.

El procedimiento es el orden y la sucesión que estos actos deben seguir para alcanzar el objeto del proceso, es decir la proliferación de una sentencia. (Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil, 1944). COUTURE nos ofrece dos definiciones, dice que el proceso es una sucesión de actos que hacen que el proceso represente un todo unitario, mientras que el procedimiento es la misma sucesión de actos pero en su sentido dinámico de movimiento. COUTURE, quien, dice que el proceso solo puede ser definido desde un punto de vista teleológico, dice que, “el proceso es una sucesión de actos; el procedimiento es la sucesión de esos actos apuntada hacia el fin de la cosa

juzgada” (Couture, 2014, pág. 166). Es decir que, si bien ambos conceptos son diferentes, son interdependientes uno del otro.

Por lo tanto no podemos confundir las concepciones de proceso y procedimiento, ya que presentan diferencia, aunque no debemos dejar de lado de que ambos se encuentren íntimamente relacionadas.

ALSINA dice que el procedimiento es el conjunto de formalidades impuestas por la Ley que tanto el juez como las partes deben cumplir para dar validez al proceso (Alsina, 1963).

Para COUTURE el procedimiento “en sentido general dicese de la mera o forma de realizar un cosa o de cumplirse un acto” (Couture, 2014), por lo tanto, para el autor, es el método o la forma en la que deben emplearse los actos para que estos sean válidos y continuar con el proceso.

Para CASARINO “el procedimiento judicial es la forma racional y metódica en que han de actuar los tribunales para administrar justicia y los particulares para solicitarla y obtenerla” (Casarino, 1950, pág. 17)

Para CHIOVENDA el procedimiento es el conjunto de normas que regulan la actuación de la ley en el proceso y particularmente, la que regula la relación procesal” (Chiovenda, 1954, pág. 32)

Para CAMACHO “es la manera como se surten y desarrollan las diferentes etapas y actuaciones que integran el proceso” (Camacho, 2016, pág. 68).

CARNULETTI es muy suspicaz al decir que el proceso se puede agotar con un solo procedimiento pero, sin embargo, el proceso puede tener varios procedimientos. Así también dice que al proceso lo debemos comprender como el continente y al procedimiento como el contenido (Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil, 1944). De igual forma, también, nos encontramos con CHIOVENDA, quien dice que el proceso cumple la función de un esqueleto, refiriéndose, a que es la estructura externa en el cual las partes y la administración de justicia deben realizar los actos pertinentes, que es el procedimiento, para alcanzar una sentencia (Chiovenda, 1954).

Otro concepto que no debe ser confundido es el de juicio.

Para CARNULETTI es un medio para la solución de controversias entre las partes mediante la intervención de un funcionario jurisdiccional (Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil, 1944).

Para COUTURE el juicio es “la atribución de un derecho o imposición de un deber a uno o más sujetos, como consecuencia de una valoración de sus respectivas pretensiones”

Para CASARINO el concepto de juicio implica “una contienda jurídica entre las partes sometidas al fallo de un tribunal” (Casarino, 1950, pág. 543)

Una vez que hemos distinguido los conceptos de proceso, procedimiento y juicio podemos analizar los elementos que revisten el concepto de proceso. Tomaremos las palabras de GUASP para determinar y describir los 3 elementos que componen el proceso: subjetivo, objetivo y la actividad.

El elemento subjetivo hace relación a los sujetos que forman parte del proceso, en este caso el órgano jurisdiccional en representación del Estado y las partes es decir demandante y demandado; en segundo lugar, el elemento de actividad que permite que el proceso tenga su inicio, desarrollo y conclusión, a través de los actos procesales a fin de que el proceso avance de una etapa o instancia a otra; y finalmente, el elemento objetivo sobre el cual no ha habido consenso sobre el objeto central del proceso pues autores como CANELUTTI considera que es composición del litigio, otros como SCHWAB consideran que es la relación jurídico material, para GUASP es la pretensión interpuesta por el demandante a cargo del demandado, de modo que no existe un consenso en la doctrina.

1.3.4. Finalidad.

Para COUTURE el proceso en cuanto a la finalidad que persigue tiene una doble dimensión. Por una parte, el proceso persigue una finalidad apegada a los intereses del individuo a través de la cual se tutela la personalidad del mismo; y, por otra parte, tiene una finalidad apegada a los intereses de la comunidad a través de la cual se logra la realización efectiva de la justicia, seguridad social, orden y paz consagradas en el ordenamiento jurídico (Couture, 2014).

Para CAMACHO la finalidad del proceso tiene una doble variante: inmediata y mediata. La finalidad mediática está representada por un interés apegado a la comunidad o sociedad la cual se resume prácticamente en la preservación de la armonía y la paz a fin de evitar la justicia por mano propia. Mientras que la finalidad inmediata descansa en una teoría subjetiva y teoría objetiva, las cuales han sido criticadas por lo cual se requiere de una teoría mixta para lograr un mayor consenso en la doctrina.

La teoría subjetiva prolifera obtener la efectividad del derecho subjetivo reclamado cuando este se cree violentado o desconocido, lo cual ha sido criticado por considerar

que no siempre quien demande tendrá un resultado favorable a su petición (Camacho, 2016).

La teoría objetiva, sustentada por CHIOVENDA, quien considera que la finalidad del proceso es la actuación y aplicación del derecho material al caso en concreto, así mismo, esta teoría ha sido criticada al considerar que la única razón de acudir ante un órgano jurisdiccional es la protección de un interés cuando la actuación del derecho objetivo puede presentarse incluso en el ámbito administrativo e incluso en un procedimiento voluntario (Camacho, 2016).

Ante esta falta de consenso aparece una teoría mixta, establecida por DEVIS ECHANDIA, quien dice que ambas teorías encierran una verdad pero no completa, por lo que esta teoría dice, de manera textual, lo siguiente “la actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado para resolver la incertidumbre, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos” (Devis Echandía, Nociones generales de derecho procesal civil, 1966, pág. 132).

Por lo tanto podemos observar como el proceso cumple una doble finalidad, por una parte se encarga de la tutela de los derechos, en su dimisión privada, mientras que en su dimisión publica se encarga de proteger y garantizar el cumplimiento de los deberes y valores más altos en una sociedad.

DEVIS ECHANDIA es muy preciso en primero determinar que el fin variara según nos encontremos ante la presencia de un proceso de jurisdicción contenciosa o voluntaria. Por lo tanto cuando estamos ante una jurisdicción contenciosa nos encontramos ante un interés primario y secundario. El primero siempre será “la realización del Derecho mediante una sentencia que se ajuste a la Ley” (Devis Echandía, 1966, pág. 134), mientras que en el segundo caso siempre será la justa composición del litigio.

Mientras que MICHELI considera que para armonizar esta distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria dice que de común se puede considerar que el interés siempre será “la obtención de la seguridad de las reacciones y de los estados jurídicos” (Micheli, 1961, pág. 181).

1.3.5. La relación jurídico procesal

El termino relación jurídico-procesal es un término que se acuño en la última década y alcanzo la importancia que hoy en día tiene gracias a los postulados realizados por CHIOVENDA quien define con claridad las condiciones bajo las cuales se presenta esta. Hay que tener en cuenta que la misma doctrina es consiente en que si bien es un término que recién se emplea siempre estuvo presente en los estudios que se venían realizando sobre el proceso y la acción (Devis Echandía, 1966).

Una vez que hemos expuesto las teorías, escuelas y postulados sobre los que se inició y desarrollo el estudio de la acción y del proceso, es pertinente, como hemos venido haciendo a lo largo de este capítulo, tener en consideración la diferencia que presenta la relación procesal de la relación material, y esta a su vez de la acción. Además, ahora, consideramos, es el momento oportuno para hacer los análisis pertinentes y las comparaciones adecuadas entre lo que la doctrina nos ha manifestado y lo que nuestros legisladores han decidido implementar en nuestro sistema procesal a través del COGEP, norma por excelencia regula la sustanciación y tramitación de los procesos y las causas.

Si bien anteriormente ya manifestamos cuales son las perspectivas a través de las cuales se puede estudiar a la relación procesal como la naturaleza jurídica del proceso quedo pendiente analizar la propia naturaleza jurídica de la misma.

Igualmente tomaremos los postulados de CHIOVENDA para analizar cuál es la naturaleza jurídica de esta.

Entonces diremos que la naturaleza jurídica de la relación procesal cuenta con las siguientes características, es: autónoma, compleja, pertenece al derecho público y dinámica. La relación es autónoma por cuanto es diferente a la relación material y a la acción misma, aunque no debemos olvidar que aquella es consecuencia del ejercicio de la acción. Debemos recordar que la relación procesal está fundada en las normas procesales, mientras que la relación material está fundada en las normas sustantivas. Es una relación compleja pues representa un conjunto de derechos y deberes que tienen por un fin común la aplicación del derecho material a través de una sentencia, recordemos que esta aplicación del derecho es el medio para alcanzar el fin del proceso según ya hemos manifestamos. Es una relación de derecho público porque las disposiciones que la regulan son de orden público. Y, finalmente, es dinámica porque constantemente está en movimiento hasta la culminación de la misma sea a través del pronunciamiento del juez o de las formas anormales de terminación del proceso (Chiovenda, 1954). El resto de la doctrina respalda estos estudios sobre la naturaleza jurídica de la relación procesal, pues los estudios realizados por CHIOVENDA fueron muy precisos.

Es preciso recordar lo dicho por CHIOVENDA de que la relación procesal es fuente de derechos y obligaciones. Por lo tanto desde la configuración de dicha relación podemos encontrar derechos, obligaciones y cargas procesales, lo que COUTURE denomino como imperativos procesales, los que ya mencionamos y analizamos con anterioridad. Es importante determinar, en especial para nuestro estudio, si solo estos imperativos procesales se ven afectados o no ante la declaratoria de abandono procesal o también se ve afectada la acción, la pretensión o la relación material. Conforme avanza nuestro estudio veremos como la doctrina nos establece el alcance de los efectos de la declaratoria de abandono procesal limitándolo al proceso únicamente, mientras que nuestro código sin justa razón alguna los hace extensivos al derecho de acción, a la pretensión e incluso al derecho material.

Es pertinente que realicemos un análisis de los presupuesto procesales. Este concepto surge a raíz de la creación de la relación jurídica como la teoría que justifica la naturaleza jurídica del proceso. Este concepto fue creado por el jurista BULOW, quien considera que, son “las condiciones necesarias para la constitución de la relación jurídico procesal” (Bulow, 1964, pág. 4 y 5), las cuales son entendidas como formalidades o exigencias que debe cumplir la demanda para que el proceso alcance su cometido que es proferir una sentencia, sin importar si esta es o no favorable al demandante o si quien la interpuso la demanda es titular o no del derecho material pretendido.

BULOW en un primer momento clasifico a estos presupuestos y dijo que serán: la competencia del juzgador, la capacidad procesal de las partes, la demanda en forma y el orden riguroso del proceso (Bulow, 1964). Pero la doctrina ha criticado esta clasificación y ha generado una clasificación previa que se divide en presupuestos: de iniciación y de desarrollo; ubicando en el primer grupo a la competencia del juzgador, la capacidad procesal de las partes, capacidad jurídica de las partes y la demanda en forma, y en el segundo grupo todos aquellos actos procesales encaminados a generar un orden riguroso del proceso (Camacho, 2016).

Podemos observar que el cumplimiento de estos presupuestos procesales están plasmados en nuestra legislación, en el Libro III Título I Capítulo II de la Contestación y Reconvención, en el artículo 153 que trata sobre las excepciones previas que el demandado puede proponer. Nuestro código exige que la demanda debe contener una correcta designación de la competencia del juzgador, la capacidad procesal y jurídica del demandado, la forma de presentación de la demanda, y entre otros, replicando la teoría de BULOW, requisitos necesarios para establecer una relación procesal adecuada.

Por otra parte CHIOVENDA considera que existen dos etapas de la relación procesal: completa e incompleta. La primera, dice, surge cuando el juez ha verificado la

existencia de los presupuestos procesales y se encuentra en la obligación de proveer pero esta es incompleta pues aún no se encuentra vinculado al proceso el demandado. Mientras que la segunda, dice, se produce cuando el juez ordena se comunique al demandado sobre la demanda. Una vez producida dicha comunicación, este queda vinculado al proceso y, nos encontramos ante una relación procesal completa (Chiovenda, 1954).

Según BULOW el juez debe verificar la existencia de estos presupuestos al revisar la demanda pero en realidad ocurre que este podrá tener una real certeza de su existencia, en nuestro caso según el COGEP, cuando en audiencia sea discutida la demanda con sus respectivas excepciones previas.

No debemos confundir a la relación material con la relación procesal. Entre ambas existen ciertas distinciones. La primera tiene un interés primordial sobre la Litis, mientras que la segunda tiene un interés en la composición del litigio. La relación material es de carácter extraprocesal es decir esta surge con independencia del proceso y crea un vínculo jurídico entre las partes de contenido privado y sustentado en una norma de derecho subjetivo, mientras que la relación procesal, al surgir con el proceso, es de carácter procesal, así mismo esta relación crea un vínculo entre las partes procesales, incluido el juez y demás auxiliares, la cual tiene por objeto proveer todas y cada una de las peticiones de las partes a través de la resolución del juez.

Finalmente, de lo analizado podemos observar que a lo largo del proceso no solo nos encontramos con estas dos relaciones jurídicas que son completamente distintas entre sí, sino también con la pretensión, la acción y el proceso en sí mismo y con las consecuencias que generan cada una de estas. Cada una de estas instituciones dista entre sí, aunque algunas tienen su punto de encuentro en ciertos momentos, de tal manera que cada una tiene su propia naturaleza jurídica, su contenido, sus sujetos, objeto y demás. Por esta razón, es sumamente importante que no confundamos la pretensión, el derecho material, la relación material, la acción, el proceso o la relación procesal, pues, nos ayudara en el siguiente capítulo para determinar cuál de estas es

atacada por la declaratoria de abandono procesal y sus efectos. De igual manera en el siguiente capítulo cuando analicemos los efectos que genera el abandono procesal, según el COGEP, a cada una de las instituciones cada uno de los elementos analizadas en este capítulo podremos ver como nuestros legisladores siempre deberán tomar como punto de partida los contenidos doctrinarios en el empleo de su técnica para codificar, crear o modificar nuestras leyes con el propósito de generar cohesión en nuestro sistema jurídico, pues, ellos deberían tener claro que una de las fuentes del derecho es la doctrina nacional e internacional.

CAPITULO SEGUNDO: LA REGULACIÓN DEL ABANDONO PROCESAL Y EL DESISTIMIENTO EN EL COGEP.

2.1. Generalidades

En el anterior capítulo analizamos los diferentes fenómenos que componen el inicio y desarrollo del proceso y los aspectos que rodean a la relación procesal y relación material, con el objetivo de, en este capítulo, analizar las consecuencias jurídicas ante la configuración del abandono procesal y desistimiento como formas anormales de terminación del procesal, y demostrar cuáles son los efectos y/o consecuencias jurídicas que se pueden presentar según la actual regulación del COGEP. Así también en el transcurso de este capítulo nos encargaremos de analizar y resaltar los diferentes errores que cometen nuestros legisladores al momento de codificar, crear o modificar nuestras leyes lo cual, desafortunadamente, ha venido generando un cierto grado de confusión a los abogados y, más aun, a las personas que no tienen un estudio cercano a las leyes o al derecho debido a la deficiente técnica legislativa empleada.

Para que proceda la declaratoria de abandono o el desistimiento del proceso es evidente que primero debe existir un proceso. Según manifestamos en el capítulo anterior, este principia con la interposición de la demanda, que es el medio idóneo para dar inicio al mismo, además de ser un acto introductorio, declarativo y de postulación, el cual da nacimiento a la relación procesal y consecuentemente la obligación del juez de proveer todas las peticiones que le hagan a este.

Como manifestamos en nuestro sistema el demandado queda vinculado al proceso y consecuentemente a la relación procesal a través de la comunicación de la demanda, lo que en nuestro sistema se realiza a través de las diferentes formas de citación, contempladas en el Libro II Título I del COGEP.

Recordemos que en la doctrina existe falta de consenso respecto de quienes integran la relación procesal. La teoría de WACH es la de mayor aceptación en la doctrina. Consecuentemente autores como CAMACHO consideran que con la presentación de la demanda, y obviamente el sorteo de la de la misma, da inicio a la relación procesal pero el demandado se integra a esta a través de la comunicación de la misma. Para reforzar esta tendencia, como ya dijimos, CHIOVENDA consideraba que con la presentación de la demanda se configura la relación procesal pero de manera incompleta, ya cuando el demandado se vincula a esta se vuelve completa.

Sin embargo, si bien dijimos en el anterior capítulo el proceso es el medio idóneo para la realización del proceso, y como la teoría dominante supone que con este implica la constitución de la relación jurídico procesal, nos surge la interrogante de establecer cuál es el momento, propiamente dicho, desde el cual podemos empezar a hablar del proceso en sí mismo y de la relación jurídico procesal, desde la presentación de la demanda, su sorteo, su calificación o desde el momento de la citación con el auto de admisión.

Si bien algunos autores consideran que la relación procesal se compone con la comunicación del auto de admisión, otros como DEVIS ECHANDIA consideran que al ser obligación del juez proveer todas las peticiones realizadas por las partes dentro del proceso supone que, por lo tanto, interpuesta la demanda así no cumpla con los presupuestos procesales o requisitos formales el juez tiene la obligación de proveer y comunicar al demandante porque no tramita su demanda. Y tomando en cuenta que, según CHIOVENDA, el objeto de la relación procesal es proveer todas las peticiones de las partes, cotejando con lo anterior se sobreentiende que desde la presentación de la demanda surge ya la relación procesal. Aunque debemos decirlo esto es muy discutido en la doctrina.

Aun a pesar de esta situación, nos llama la atención la posición de CAMACHO, COUTURE, MORALES, CHIOVENDA, DEVIS ECHANDIA, entre otros, en no

considerar a la figura del Retiro como una forma anormal de terminación del proceso cuando nuestro sistema procesal lo hace. Estos análisis los hacemos a fin de resaltar errores en materia procesal de parte del legislador y, obviamente, su deficiente conocimiento y técnica legislativa.

Siendo así podemos ver que el COGEP en su Libro I Capítulo III contempla la clasificación de las Formas extraordinarias de conclusión del proceso contempladas dentro de los cuales encontramos al Retiro de la demanda. Según CAMACHO no se le debe contemplar dentro de esta clasificación, pues, dice que, en estricto sentido y técnico, no puede terminarse un proceso si este aún no emerge a la vida jurídica. Si leemos detenidamente el artículo 236 del código solicita que, para ubicarnos dentro del ambiente de la figura del Retiro, es necesario que no se haya producido la citación a la contraparte, es decir que no se le haya comunicado al demandado acerca de la demanda. Entonces, si no se ha producido la citación mal podemos decir que el proceso ha emergido a la vida jurídica el proceso o de que se haya configurado la relación procesal, por lo tanto no cabe hablar de una terminación de un proceso que aún no existe o ha surgido a la vida jurídica. De esta manera podemos resaltar uno de los errores que ha cometido el legislador al incluir al Retiro de la demanda dentro de esta clasificación. Esta tesis también está apoyada por ALFONSO TROYA en su libro elementos de derecho procesal civil en su tomo II.

Volviendo a nuestro tema principal, con la entrada en vigencia del COGEP, con fecha 22 de mayo de 2015, Registro Oficial No. 506, el legislador, consideramos, cometió un error, si bien es cierto que tanto la figura del abandono procesal y del desistimiento forman parte de las formas de terminación anormal del proceso, según la doctrina, cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes, lo que genera un serio problema en nuestro sistema jurídico y, además, pone en evidencia la deficiencia técnica legislativa con la que cuentan nuestros asambleístas y, consecuentemente, genera una confusión en los conceptos de estas instituciones jurídicas.

Más preocupante aun es la deficiente regulación que presenta el abandono procesal en relación a los derechos irrenunciables de los trabajadores, la cual consideramos, debería estar incluida dentro de los casos de improcedencia del artículo 247³ del código a consecuencia de los efectos tajantes que presenta ahora la regulación del abandono procesal. Siendo los derechos de los trabajadores una norma de rango constitucional, pareciera que esta omisión, pudiera presentar una posible vulneración de derechos constitucionales cuando el artículo 247 del COGEP, por falta de previsión de los legisladores, excluye dentro de la numeración a los derechos de los trabajadores en la lista de los casos de improcedencia del abandono procesal.

Con la exposición de los posibles problemas que presenta la figura del abandono procesal procederemos a realizar el respectivo análisis acerca de las confusiones y errores que presenta la figura del abandono procesal a fin de sustentar nuestras hipótesis, tomando en cuenta que, ya en el primer capítulo se realizó el respectivo análisis y exposición de la doctrinaria pertinente a nuestro estudio con el propósito de determinar que nuestros legisladores cometieron varios errores, en este caso en particular, en la regulación del abandono procesal con la codificación del COGEP.

2.2. Formas de terminación anormal del proceso

Ya que en el primer capítulo se analizó lo relativo al inicio y desarrollo del proceso, es oportuno analizar en este momento la terminación del proceso en especial sobre los casos del abandono procesal y del desistimiento. Estas dos figuras son formas anormales de terminación del proceso, cada una difiere de la otra en varios sentidos según veremos más adelante. Comenzaremos por decir que el motivo de nuestro estudio surge a raíz de la entrada en vigencia del COGEP en el 2016 cuando nuestros legisladores decidieron otorgar al abandono procesal los mismos efectos jurídicos que del desistimiento, lo cual evidentemente, es un desatino en materia procesal.

³ Art. 247.- Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos: 1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces. 2. Cuando las o los actores sean las instituciones del Estado. 3. En la etapa de ejecución.

Cuando hablamos sobre la terminación del proceso la doctrina la ha dividido en dos categorías: formas normales u ordinarias y formas anormales o extraordinarias de terminación del proceso. La primera, la doctrina considera que, es cuando el proceso mismo ha concluido a través de una sentencia, laudo arbitral o auto, es decir en estos casos, el órgano jurisdiccional cumplió su deber de proveer todas y cada una de las peticiones de las partes a través de un pronunciamiento que busca alcanzar fuerza de cosa juzgada. Mientras que en el segunda caso el proceso no cumple con su cometido como en el primero, sino que, aquí, este concluye a través de medios diferentes.

Dentro de esta segunda forma de terminación anormal encontramos una subclasificación: 1) las que no impiden volver a instaurar el proceso; y 2) las que entrañan extinción definitiva del proceso. Según CAMACHO, las primeras, ocurren cuando el proceso no puede continuar por la declaratoria de un impedimento procesal o ante la prosperidad de una excepción previa, en nuestro sistema serian aquellas contempladas en el artículo 153⁴ del COGEP, que de igual forma, debemos recalcar que, en dicha numeración el legislador decidió tratar por igual a las excepciones dilatorias y a las excepciones perentorias bajo la denominación de excepciones previas lo cual es un error. Mientras que las segundas, de manera expresa dice que “cierran la posibilidad de volver a instaurar el proceso de manera eficaz, pues, de hacerlo, el demandado impide que surta mediante la proposición de la causa que originó la terminación anormal del anterior” (Camacho, 2016, pág. 411).

⁴ Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 1. Incompetencia de la o del juzgador. 2. Incapacidad de la parte actora o de su representante. 3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda. 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones. 5. Litispendencia. 6. Prescripción. 7. Caducidad. 8. Cosa juzgada. 9. Transacción. 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

Esta conceptualización que hace CAMACHO sobre las formas anormales de terminación que entrañan extinción definitiva del proceso es muy precisa y expresa de manera muy elocuente su idea. El uso preciso de sus palabras en su conceptualización nos permitirá poder comprender el mal uso que emplea el legislador al momento de regular los efectos el abandono procesal, lo cual analizaremos más adelante cuando sea oportuno.

Aunque DEVIS ECHANDIA rechaza la clasificación de CAMACHO sobre las formas anormales de terminación del proceso, dice que las primeras no son en estricto sentido formas de terminación del proceso sino son impedimentos procesales que paralizan el juicio en su iniciación, por lo tanto tomando en cuenta esta crítica podemos considerarlas más como medios para impedir la continuación del proceso que como medio de terminación del mismo.

Volviendo a la clasificación sobre las formas que entrañan la extinción definitiva del proceso la mayor parte de la doctrina considera que estas pueden ser: el desistimiento tácito o absoluto, la caducidad o perención, la transacción, la conciliación o el arbitramento. En la legislación colombiana se le conoce como desistimiento tácito a la terminación del proceso por inactividad del mismo, a lo que nuestra legislación denomina abandono procesal.

Un punto muy importante que nuevamente resalta errores de nuestros legisladores lo encontramos en la clasificación de las formas anormales terminación del proceso del COGEP, en relación a la figura del allanamiento, contemplada en el código desde el artículo 241 en adelante. Según CAMACHO, en estricto sentido, esta no implica una de las formas anormal de terminación del proceso sino más bien es una de las varias posiciones que puede adoptar el demandado ante una demanda, pues, esta, no hace más que omitir las diferentes etapas procesales que se requieren para dirigirse directamente a proferir la sentencia que es la forma normal de terminación del proceso (Camacho, 2016). Si bien es cierto que algunos doctrinarios como ALFONSO TROYA en su libro Elementos de derecho procesal civil, Tomo II en su capítulo

séptimo, o ISSAC LOVATO en su libro Programa Analítico de Derecho Procesal Ecuatoriano Tomo IX, incluyen al allanamiento como una de las varias formas de terminación del proceso, por lo cual debemos concluir que esta posición es errónea, pues, el allanamiento no es una forma de terminación anormal del proceso.

Por lo expuesto, sustentándonos en los pronunciamientos de la doctrina podemos ver que el legislador no debió incluir dentro del capítulo de las formas extraordinarias de terminación del proceso al allanamiento ni tampoco al retiro, por las razones antes expuestas, lo cual nos demuestra, claramente, y como seguiremos viendo adelante, la falta de conocimientos en la materia por parte de nuestros legisladores quienes tienen la obligación de crear las Leyes para el pueblo.

2.3. Concepto y características

A fin de recalcar y resaltar el error que nuestros legisladores han cometido al otorgar a la figura del abandono procesal los mismos efectos del desistimiento, revisaremos los conceptos doctrinarios de ambas instituciones jurídicas con lo cual evidenciaremos que nuestra legislación pareciera dar un paso hacia atrás en el avance jurídico al considerar que ambas figuras deben contemplar los mismos efectos jurídicos según nuestro código. Si bien tanto la doctrina como nuestra legislación consideran que ambas figuras forman parte de las formas de terminación anormal del proceso, cada una de ellas cuenta con elementos, características y efectos diferentes.

A continuación enunciaremos y analizaremos algunos de los conceptos doctrinarios referentes al desistimiento.

Para CABANELLAS el desistimiento según su Diccionario Jurídico Elemental es la “acción o efecto de desistir. A.- *En el Derecho Civil*. Abandono o abdicación de un derecho. C.- *En el Derecho Procesal*. Abandono, deserción o apartamiento de acción, demanda, querrela, apelación o recurso”. (Cabanellas, 2006)

Para FAIRE GUILLEN el desistimiento “*es una actividad compleja cuya causa eficiente reside en la declaración de voluntad hecha por el actor o recurrente, por la cual anuncia su deseo de abandonar el desarrollo de la pretensión que interpuso en el proceso que está pendiente, o bien abandonar el recurso que instó, y sus respectivos efectos*” (Guillen, 1955). Podemos observar que el autor se refiere al abandono del desarrollo de la pretensión, como observamos con anterioridad, que es una manifestación de voluntad de lo que se espera alcanzar en la sentencia, sin embargo hay que tener claro que la pretensión no siempre contendrá la real existencia del derecho material o la titularidad de este, pues, sobre esto el juez decidirá en sentencia según lo acotado al proceso (Devis Echandía, 1966).

Para PIETRO CASTRO el desistimiento “*es la declaración voluntaria del demandante de no continuar el ejercicio de la acción, en el proceso pendiente iniciado por él*” (Prieto, 1968, pág. 859). El autor se refiere a no continuar con la tramitación de la causa, como sabemos el proceso se instara como medio idóneo para el ejercicio de la acción y como sabemos la acción es distinta del derecho material pretendido, aunque la presentación es su punto de encuentro pero siguen siendo diferentes.

Para GUASP el desistimiento “*es la declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar su pretensión*” (Guasp, 1968, pág. 250). Tomaremos el mismo comentario realizado a FAIRE GUILLEN.

Para CAMACHO el desistimiento implica “*la renuncia a los pedimentos formulados en el proceso o a una determinada actuación*” (Camacho, 2016, pág. 413). Los pedimentos formulados en la demanda es la pretensión y como dijimos anteriormente esta no siempre contendrá el derecho subjetivo pretendido o quien la expuso, tal vez, no será su titular.

CAMACHO, en su obra, presenta una clasificación sobre el desistimiento la cual nos ayudara a comprender mejor la distinción que presenta esta con el abandono procesal, aunque él considera al abandono como una de las tantas ramificaciones que puede tener el desistimiento. De la basta clasificación que presenta el autor en su obra solo consideraremos las más relevantes y pertinentes a nuestro estudio.

- Según el objeto o materia sobre la cual recaiga, puede ser: total o parcial. En el primer caso quien interpuso la demanda o formulo la reconvencción desiste de todas sus pretensiones. En el segundo caso el actor desiste solo de ciertas pretensiones o actuaciones procesales, en este caso el proceso no termina sino sigue sobre lo que no se ha desistido.
- Según los efectos, puede ser: absoluto o relativo. En el primer caso, los efectos del desistimiento generan los mismos que los de la cosa juzgada, pues, impide que la parte que desistió pueda formular nuevamente su pretensión o una similar. Esta situación así no este de manera clara y expresa en el código se sobre entiende que produce estos efectos. En el segundo caso, existe la posibilidad de plantear una nueva demanda pero con una pretensión distinta o diferente a la desistida en vista de que la pretensión y el derecho material quedan incólume (Camacho, 2016). Por lo tanto, se pueden presentar circunstancias o situaciones variadas, como, primero, puedo plantear una demanda que recaiga sobre el mismo objeto pero utilizando una acción diferente, por ejemplo desisto del amparo posesorio pero interpongo una demanda por acción reivindicatoria, o, segundo, también puede ser el caso que demando el mismo objeto pero con una pretensión diferente, por ejemplo, desisto del cumplimiento del contrato pero interpongo una nueva demanda solicitando la resolución del mismo más los daños y perjuicios, o, tercero, finalmente, puede ser el caso que demando el mismo objeto pero utilizando un trámite diferente, por ejemplo, desisto del cobro de una letra de cambio en trámite ejecutivo pero propongo una nueva demanda mediante trámite ordinario o monitorio.

La concepción que presenta CAMACHO sobre las formas de terminación anormal en especial aquellas que entrañan extinción definitiva del proceso me parecen oportuna y presta una correcta relación con la teoría del derecho de acción que predomina en la doctrina. Por lo tanto, más adelante, usaremos sus postulados para explicar en el mal uso en el empleo de palabras que presenta el COGEP en la regulación de los efectos del abandono.

Para DEVIS ECHANDIA el desistimiento *“es una declaración de voluntad, y por lo tanto, un acto jurídico-procesal, dirigido a eliminar los efectos jurídicos de otro acto procesal ya realizado. En estricta lógica, en el desistimiento existe una renuncia a determinados efectos procesales ya surtidos y no a los actos que los producen”* (Devis Echandía, 1966, pág. 648). DEVIS ECHANDIA, de igual forma, es muy preciso en distinguir el concepto de renunciar del de desistir del proceso, este último es la especie de aquel. Además precisa que renunciar a un acto procesal, implica la renuncia de actos futuros y pasados, mientras que desistir solamente puede recaer sobre actos procesales pasados. De igual manera explica que la renuncia se puede hacer antes del ejercicio de la acción, mientras que el desistimiento solo una vez ya ejercido (Devis Echandía, 1966).

Este error de confundir el desistimiento con la renuncia del proceso lo podemos observar en algunas definiciones de ciertos autores. Para JUAN ISSAC LOVATO el desistimiento es *“la declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar su pretensión. La renuncia tiene por objeto, en este caso, la pretensión procesal y no el derecho alegado como fundamento”* (Lovato, 1992, pág. 188). Como podemos observar el autor confunde la distinción que acabamos de ver entre la renuncia y el desistimiento. En relación a su concepción tomamos en consideración el resto de comentarios que hemos realizado, para él los efectos del desistimiento atacan a la pretensión a fin de abandonar el ejercicio de la acción.

En definitiva podemos ver que la doctrina es concluyente en cuanto a la concepción del desistimiento, al decir que esta implica, en primer lugar, la manifestación de voluntad de la parte actora, al igual que el demandado cuando ejerce su derecho a la contradicción, de desistir, mas no de renunciar, no de su pretensión o de la demanda, sino del proceso, lo que consecuentemente implica de igual manera la de abandonar o dejar de impulsar el ejercicio al derecho de acción. Por lo tanto podemos ver que el desistimiento no ataca al derecho material o a la relación material, ni tampoco a la acción sino a al ejercicio de la acción.

Por otra parte, a continuación veremos los conceptos de la figura del abandono procesal, también conocido como caducidad, perención o desistimiento tácito en otras legislaciones. A partir de esta comparación de conceptos doctrinarios podremos reconocer que cada una de estas figuras debería contener efectos jurídicos en la regulación del COGEP.

Antes de empezar, quisiera dejar claro que el abandono procesal o caducidad, algunos juristas consideran que, es una variante del desistimiento con la diferencia de que presenta otros elementos y encaja en situaciones totalmente distintas a las del desistimiento mismo.

Para CAMACHO el abandono procesal “consiste en una sanción que se impone al actor consistente en ponerla en término a la actuación que ha generado de abstenerse de realizar la gestión tendiente a darle curso”, lo que consecuentemente produce “es la terminación del proceso o tramite donde se produce” (Camacho, 2016, pág. 419 y 423). Por lo expuesto podemos evidenciar que el abandono procesal ataca al proceso en sí, es decir, incluso, los derechos y obligaciones, facultades y cargas procesales que de este emanan y son fuente de derecho para las partes. Así mismo como lo hicimos con el desistimiento debemos diferenciar al proceso, de la acción, la demanda, la pretensión, la relación material y/o de la relación procesal.

Para ALSINA el abandono procesal “es la extinción o pérdida total del procedimiento que se produce, cuando todas las partes que figuran en el juicio, han cesado en sus persecuciones durante determinado espacio de tiempo” (Alsina, 1963, pág. 78)

Para ALESSANDRI el abandono de la instancia es “la pérdida de procedimiento iniciado, por no haberse hecho gestión alguna en el pleito por ninguna de las partes durante cierto plazo. El abandono de la instancia solo produce la pérdida del procedimiento (la pérdida del camino recorrido), pero no extingue las acciones y excepciones de las partes” (Alessandri, 1936, pág. 215). En esta ocasión el autor se refiere al procedimiento y no al proceso, lo correcto sería referirse a este último. Además realza el alcance del abandono recalando que este no ataca a las acciones, es decir, haciendo referencia al derecho material pretendido.

Para PARRY, quien denomina al abandono procesal como perención, dice que esta, es "la paralización de los procedimientos judiciales mediante los cuales quedan sin efecto alguno" (Parry, 1964, pág. 19). Adherimos el comentario de este jurista al que acabamos de realizar.

Para CHIOVENDA, quien denomina como caducidad al abandono procesal, dice, que es "un modo de extinción de la relación procesal, y que se produce después de cierto período de tiempo, en virtud de la inactividad de los sujetos procesales" (Chiovenda, 1954, pág. 310). Referirse a la extinción de la relación procesal es más adecuado que referirse al procedimiento, si bien la relación procesal nace del proceso, se entiende que sin esta el proceso concluye.

Para DEVIS ECHANDIA el abandono es “una sanción al litigante que moroso y responde a un principio de economía procesal y de certeza jurídica, para impulsar la terminación de los pleitos” (Devis Echandía, 1966, pág. 661). La concepción de autor es precisa pues no solo nos da un concepto de lo que se debe entender por la figura del abandono sino explica la necesidad de dicha figura en cumplimiento con los principios

que gobiernan la marcha del proceso. De igual manera nos parece muy peculiar su definición al acuñar el término pleitos más no el de proceso o procedimiento

Para PALLARES, según su Diccionario de Derecho Procesal Civil, el abandono de instancia es *“abandonar las situaciones jurídicas y las expectativas creadas en el proceso a favor de quien lleva acabo el desistimiento. La instancia debemos manifestar que, esta, es una de las fases periodo del proceso, por la cual, quien la abandona, renuncia a las ventajas que haya obtenido en el. Tal renuncia deja incólume el derecho material que se ventila por que no recae sobre él, sino únicamente sobre la instancia.”* (Pallares, 1956). Este concepto nos explica de manera concreta los efectos que genera la declaratoria de abandono procesal, pues como esta figura ataca solo al proceso y a las actuaciones que surjan de este, no extingue al derecho material que se pretende. De igual manera como ya dijimos, en el análisis de las concepciones del desistimiento, si el abandono ataca al proceso este es completamente independiente del derecho material, incluso puede ser el caso que quien ejerza la acción carezca del derecho material o no sea titular de esto, es por esto que dicha situación no importa más que a la pretensión para poder obtener una sentencia favorable al demandante.

Cada uno de los conceptos que hemos podido observar están, todos, encaminados a una misma conclusión, aun, a pesar de que se confunda al proceso con el procedimiento. Sin embargo todos los conceptos definen al abandono o caducidad como la pérdida del proceso o procedimiento mas no del derecho de acción pues como se manifestó con anterioridad este es un derecho en abstracto. El abandono procesal no implica la pérdida del derecho de acción, de la pretensión, del derecho material, sino, única y exclusivamente, de los diferentes derechos y obligaciones, cargas y deberes que surgen a lo largo del proceso y los efectos de las diferentes actuaciones procesales que puedan tener lugar.

Con lo manifestado es evidente que la regulación del abandono procesal establecida en el COGEP no es la correcta, si bien, esta, es una institución que tiene por objeto dar

eficacia a los principio de certeza y seguridad jurídica, es decir busca evitar que los proceso se tramiten de manera indefinida o existan dilaciones innecesarias al mismo, este, solo debería atacar al proceso en sí mismo mas no al derecho de acción con lo cual, consecuentemente, resulta afectado el derecho material pues el código impide volver a proponer el mismo juicio. Por lo tanto debemos tomar en cuenta las palabras de HERNANDO MORALES, quien considera que los efectos del abandono o “la caducidad de la instancia no extinguen la acción, pero dejan sin efecto el proceso con todos sus efectos procesales” (Morales, 1991), es decir los efectos del abandono deberían alcanzar únicamente al ejercicio del derecho de acción que es el proceso y relación procesal, mas no al derecho de acción en sí mismo como un derecho abstracto. Es por esta razón que DEVIS ECHANDIA manifiesta, acorde a los regulado en el sistema colombiano que es muy similar al nuestro, que no se produce la extinción de la instancia, lo cual, según la doctrina supone los efectos del abandono, sino se produce la extinción del derecho de acción consecuentemente afectando directamente al derecho material, es decir, produciendo la extinción de este último (Devis Echandía, 1966). Es decir contrario a lo contempla el artículo 249 del COGEP. Nuestra regulación impide el ejercicio del derecho de acción ante la declaratoria del abandono procesal lo cual supone una desprotección a la de tutela de los derechos pretendidos en juicio. Si nos colocamos en el ámbito de la declaratoria o ejecución de obligaciones civiles, una vez declarado el abandono procesal, tendríamos que entender que estas se convertirán en obligaciones naturales pues estarán desprovistas de toda acción.

Desde otro punto de vista, de las definiciones obtenidas podemos concluir que esta figura requiere de dos elementos indispensables para poder ubicarnos en el ambiente del abandono procesal: la inactividad procesal y el transcurso del tiempo. En cuanto al primer elemento es necesario que exista un acto procesal y este esté pendiente de realizarse a fin de dar prosecución al proceso. Tenemos que ser específicos en este tema, según autores como CAMACHO, DEVIS ECHANDIA o MORALES, no podemos hablar de cualquier tipo de acto o actuación procesal, sino este debe ser de tal naturaleza que implique dar trámite a la causa, por lo tanto un escrito de solicitud de desglose no podría interrumpir el término de inactividad del proceso. En cuanto al segundo elemento responde más una decisión de política legislativa, de acuerdo al COGEP el tiempo de inactividad fue reducido a un término de 80 días. Es igual nuestro

deber manifestar y poner a cuestionamiento ¿Cuál fue la razón que presentó el legislador para reducir este tiempo? a fin de poder encontrar un fundamento lógico. Dicho estudio que ya fue realizado por el Ab. Paolo Merchán en el trabajo de titulación del denominado *El abandono procesal y su regulación en el Ecuador*, y del que se establece la incoherencia de reducir el tiempo que debe transcurrir para que se declare el abandono procesal, pues, según los términos establecidos en el COGEP la configuración de una relación procesal completa puede tomar hasta un total de 120 días (Merchán, 2016).

2.4. Desarrollo normativo en el CPC y en el COGEP

El Código de Procedimiento Civil, en adelante CPC, que estuvo vigente desde el 18 de marzo de 1987 hasta el 22 de mayo de 2015 el cual ha presentado cinco reformas, su última reforma con Registro Oficial Suplemento No. 58, con fecha 12 de julio de 2005, contemplaba desde sus inicios tanto la figura del abandono procesal y del desistimiento.

2.4.1. El abandono procesal en el CPC y en el COGEP y sus efectos jurídicos

A continuación haremos un análisis comparativo entre el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico General de Procesos, a fin de poder ver cuáles fueron los cambios implementados por el legislador con la entrada en vigencia de este último en lo relativo al abandono procesal y la consecuencia de estos.

Previo a nuestro estudio debemos ser claros y precisos. Ambos códigos presentan una clasificación acerca del abandono procesal: de instancia y de recurso, nuestro estudio y análisis se centrará en el cambio que se produjo en el abandono procesal de instancia, el cual, en estricto sentido, implica la terminación anormal del proceso puesto que el abandono procesal de recurso no termina de manera anormal con el proceso sino provoca que la sentencia o autos queden ejecutoriados (Morales, 1991).

En el CPC la figura del abandono procesal estaba regulada a partir del artículo 389 hasta el 400, en lo pertinente acerca de los efectos que producía la configuración del abandono procesal citaremos las siguientes disposiciones a fin de comprender el cambio que presenta su actual regulación.

Art. 396. - El abandono de la instancia no impide que se renueve el juicio por la misma causa.

Si, al renovarse la demanda, el demandado opone la prescripción, se atenderá a los plazos que se fija el Código Civil; entendiéndose que la demanda que se propuso, en la instancia abandonada, no ha interrumpido la prescripción salvo con referencia a causas anteriores, dispone el Art. 390.

El que abandone la instancia o el recurso, será condenado en costas.

Para que haya abandono se requiere que no se haya practicado diligencia alguna, en caso de que la última providencia suponga la necesidad de que se practique.

La regulación del CPC entendía que la declaratoria del abandono procesal, única y exclusivamente, implicaba la renuncia al ejercicio del derecho de acción más no de la acción en sí misma. Por lo tanto, los efectos del abandono atacaban directamente al proceso o la relación procesal y a las consecuencias de las diferentes actuaciones que se producían en este. Por lo tanto existía una completa autonomía entre el derecho de acción y el derecho material que se pretendía, cumpliendo así la normativa con la estricta observancia de los estudios doctrinarios.

Por lo tanto, como podemos observar, en el CPC, si la causa del juicio había caído en abandono nada impedía a las partes procesales poder volver a presentar o interponer nuevamente la misma demanda ya que la declaratoria del mismo hacía que las cosas vuelvan al estado anterior del momento en que se interpuso la demanda. Y, además, en nada afectaba a la pretensión o al derecho material que se pretendía.

Art. 392.- Un recurso abandonado se reputa no interpuesto; y todas las providencias anteriores a él quedan vigentes y ejecutoriadas.

La regulación sobre el abandono procesal de recurso no presento ningún cambio con la entrada en vigencia del COGEP. Y como manifestamos en un inicio nuestro estudio se centra en el abandono procesal de instancia por las razones ya expuestas.

A fin de contrastar el cambio en la regulación que presenta actualmente la figura del abandono procesal analizaremos la presente regulación que hoy en día reza el COGEP, la cual la podemos encontrar desde el artículo 245 hasta el 249. De igual manera citaremos los artículos pertinentes sobre los efectos que este produce una vez que se ha configurado.

Art. 249.- Efectos del abandono.

Si se declara el abandono de la primera instancia, no podrá interponerse nueva demanda.

Si se declara el abandono en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, se tendrá por desistida la apelación o dicho recurso y por firme la resolución recurrida, y se devolverán las actuaciones al tribunal o a la judicatura de donde procedieron.

Como podemos observar de la lectura de las disposiciones citadas, comparando el CPC y el COGEP, hubo un cambio evidente sobre los efectos que produce el abandono procesal. Cambios que fueron el motivo del presente estudio de trabajo de titulación.

Si hacemos una interpretación comparativa de la regulación actual del abandono procesal entenderemos que la declaratoria de abandono de un proceso ya no solo ataca

al ejercicio de la acción sino ataca a la acción misma y consecuentemente deja desprotegido al derecho material.

Esta actual regulación normativa que presenta el COGEP, debemos decir, es completa y absolutamente asilada de la doctrina. Nuestro sistema procesal de cierta manera confunde a la acción con el derecho material después de que a la doctrina le costó tantos años de estudios y debate poder finalmente separarlos nuestro código retrocede, se podría decir, y adopta los postulados de la escuela clásica en la cual se confunde a ambos derechos. No hay una razón de ser lógica ni mucho menos un sustento jurídico sobre la imposición que el legislador ha realizado sobre el abandono procesal. La actual regulación del abandono procesal destruye por completo el concepto de la acción, pues al impedir que se vuelva a plantear la misma demanda, este, niega que la demanda sea un derecho de carácter autónomo, abstracto y cívico por las razones que expusimos en el primer capítulo.

Debemos recordar que las tesis presentadas por Mayra Paladines y María Iñiguez, *El abandono y prescripción de las acciones en el proceso civil y efectos jurídicos del abandono del proceso, previstos en el código orgánico general de procesos; Art. 249* correspondientemente, resaltan esta preocupación al expresar el absurdo que representa el hecho de que simples formalidades contempladas en normas de carácter procesal impliquen la pérdida del derecho material cuando dichas formalidades no deben servir más que como guía para la instrumentación de aquellos derechos (Iñiguez, 2017; Paladines, 2016). A lo cual no estamos de acuerdo con sus consideraciones ni a la conclusión que han llegado porque la norma del abandono procesal, es su sentido estricto, no ataca al derecho material sino al derecho de acción pero a consecuencia de esta situación queda desprovisto de protección el derecho material lo cual lo convierte en un derecho que sigue existiendo pero desprovisto de toda protección.

Con lo que hemos expuesto por ahora debemos entender que nuestros legisladores parece que se tomaron a la ligera su trabajo de crear, o en este caso de codificar, las

normas jurídicas pues no solo encontramos una redacción deficiente en las disposiciones normativas sino que también una falta total de conocimientos en la materia. Más adelante veremos como la regulación del artículo 249 del COGEP demuestra una pésima redacción y técnica legislativa con la cual se puede llevar al lector a confusiones acerca de las consecuencias que producen los efectos del abandono procesal en la parte práctica.

A partir de una simple lectura podemos observar como la regulación que presentaba el abandono procesal en el CPC era la correcta al ser concordante con la doctrina.

2.4.2. El desistimiento en el CPC y en el COGEP y sus efectos jurídicos

Al igual que en el estudio de la regulación normativa del abandono procesal mencionamos la clasificación de este, veremos que sucede lo mismo con la figura del desistimiento. Por lo tanto encontramos un desistimiento de juicio y de recursos. La figura del desistimiento se encuentra contemplada en el CPC desde el artículo 382 hasta el 388, de igual manera citaremos los artículos pertinentes a fin de resaltar los inconvenientes que actualmente se presentan en la figura del abandono procesal.

De igual manera que en el abandono procesal nuestro estudio se centra únicamente en el estudio del desistimiento de juicio o de la acción.

Art. 385.- El desistimiento de la demanda vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto.

*Art. 386.- El que desistió de una demanda, no puede proponerla otra vez contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan.
Tienen la misma prohibición los herederos del que desistió*

Art. 387.- El desistimiento de una instancia o recurso surte el efecto de dejar ejecutoriado el auto o resolución de que se reclamó.

Como podemos observar una vez que se haya desistido de la pretensión o la demanda, la norma en un primer momento establece que las cosas vuelven a su estado anterior, sin embargo, más adelante impide que el actor puede volver a presentar su demanda. Conforme estudiamos la figura del desistimiento pudimos observar que dicho desistimiento no debería afectar al derecho de acción. Es preciso mencionar que el legislador confunde la figura de la renuncia con el desistimiento. La renuncia afecta tanto al ejercicio de la acción como al derecho material mientras que el desistimiento afecta únicamente al ejercicio de la acción (Devis Echandía, 1966). Sin embargo por la redacción del artículo afecta directamente al derecho de acción al impedir su ejercicio.

Para concluir este análisis comparativo sobre estas instituciones jurídicas, pasamos a analizar la regulación del desistimiento contemplada en el COGEP, esta se encuentra contemplado a partir del artículo 237 al 240.

Art. 237.- Desistimiento de la pretensión. En cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia, la parte actora podrá desistir de su pretensión y no podrá presentar nuevamente su demanda.

La o el juzgador se limitará a examinar si el desistimiento procede por la naturaleza del derecho en litigio y por no afectar a intereses de la contraparte o de terceros.

La parte demandada que haya planteado reconvencción, igualmente podrá desistir de su pretensión o renunciar al derecho, para lo cual se procederá en la forma señalada en el inciso anterior.

En cuanto a la regulación que presenta los efectos del desistimiento en el COGEP no ha surgido mayores cambios más que los de redacción y semántica en vista de que la actual norma contempla los mismos efectos que los contemplados en el CPC.

En base de lo analizado podemos concluir que la regulación de abandono procesal contemplada en el COGEP determinó cambios que afecta completamente la esencia de la acción. Como dijimos parece ser que al legislador se le paso por alto todo el desarrollo doctrinario que existe por detrás de esta figura, lo que provoca que en nuestro sistema procesal retrocedamos y neguemos aquellos estudios que por años lucharon por separar a la acción del derecho material. En lo relativo al desistimiento la regulación del COGEP no presenta un mayor cambio más que en su redacción pero el fondo o esencia de la norma no se ha visto afectada en sí.

2.5. El abandono procesal y los derechos irrenunciables de los trabajadores

Una vez que hemos analizado cuales son las consecuencias que provoca la figura del abandono procesal es pertinente analizar el segundo punto, el cual nos presenta preocupación dentro de la regulación del abandono procesal que es la falta de regulación de los derechos irrenunciables de los trabajadores en el artículo 247. Este artículo regula los casos de improcedente en los que no cabe la declaratoria del abandono procesal, debemos mencionar que este artículo fue implementado con la entrada en vigencia del COGEP a consecuencia de los efectos tajantes que contempla el código. Tomando estas dos premisas consideramos que el legislador no fue cauteloso y olvido incluir dentro de este artículo a los derechos irrenunciables de los trabajadores.

El código establece cuales son los casos de improcedencia del abandono procesal en temas muy específicos pues la regulación de este artículo reza de la siguiente manera.

Art. 247.- Improcedencia del abandono. No cabe el abandono en los siguientes casos:

1. *En las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces.*
2. *Cuando las o los actores sean las instituciones del Estado.*
3. *En la etapa de ejecución.*

Como podemos observar consideramos que los casos enlistados en este artículo no responden a una realidad jurídica sino pareciera que fueron establecidos de manera casual. Sin embargo, consideramos, dentro de este artículo el legislador, como hemos venido observando, ha cometido algunos errores crasos en su deber como legislador, esta lista de casos de improcedencia debió contener como uno de los varios numerales a los derechos irrenunciables de los trabajadores, obedeciendo al principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores una norma de rango constitucional y el principio rector en materia laboral, consideramos, su omisión en el artículo 247 del COGEP podría implicar una posible vulneración a los derechos fundamentales.

Este principio al presentar una relevancia del más alto nivel en materia laboral se encuentra contemplado y garantizado en la Constitución de la República del Ecuador –en adelante CRE- en el artículo

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Art. 38.- En particular, el Estado tomará medidas de:

2. *Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica.*

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

3. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

Con relación a las disposiciones contempladas en el Código de trabajo debemos resaltar las siguientes disposiciones normativas.

Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

De la lectura de las disposiciones normativas que hemos mencionado podemos evidenciar claramente, como, de acuerdo a lo que manifestamos con anterioridad, el Estado se encarga de prestar especial protección a los derechos de los trabajadores y garantizar la eficacia de los mismos. Por lo tanto podemos observar que una

característica que distingue a los derechos de los trabajadores de otros derechos en cualquier otra rama del derecho es su irrenunciabilidad.

Para una mayor comprensión de nuestro análisis y para resaltar la real importancia que presentan los derechos de los trabajadores haremos un breve recuento sobre la universalización de estos derechos.

El derecho laboral comenzó sus primeros pasos hacia la universalización de sus derechos a través del Tratado de Versalles y con las constituciones de México en 1918, de España de 1931 y la de Weimar en 1919, dentro de las cuales se prestó real importancia y se decidió prestar una especial protección de los derechos laborales. No debemos olvidar que la constitucionalización de los derechos son una lucha de las masas sociales por la reivindicación de las mismas (Corte Constitucional del Ecuador, 2013). Finalmente la universalización de los derechos de los trabajadores se hace efectiva a través de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1948 con la cual se creaba la obligación de todos los países suscritos a la Organización de las Naciones Unidas a adaptar está a sus constituciones. Por lo tanto el derecho laboral se convirtió en un derecho universal, en el cual se *“crean los principios generales de protección y garantías del trabajo humano, se equilibra el poder del capital frente al trabajo, se constituye el derecho a un mínimo leal en bien de las justa relaciones ente los sujetos que intervienen en el trabajo y se protege a los trabajadores mediante disipaciones jurídicas imperativas”* (Obando, 2016), dentro de estos principio de protección encontramos al principio de irrenunciabilidad de los trabajadores.

Nuestro estado según el artículo 1⁵ de la CRE al ser un estado social tiene la obligación de imponer un orden social que supere los factores de opresión y explotación, en este

⁵ Constitución de la República del Ecuador: Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

caso, en las relaciones laborales. Es por esta razón que el Estado a través de sus legisladores tiene obligación de regular estas relaciones con estricta observancia de los principios y normas plasmadas en el CRE para alcanzar una real eficacia y protección de los mismos. Lo cual podemos observar que no se ha hecho porque deja en desprotección a los derechos de los trabajadores al excluirlos de la numeración del artículo 247 del COGEP.

De conformidad con el artículo 439 numeral 10⁶ de la CRE, el artículo 247 del COGEP, es una norma que viola la Constitución, no por acción sino, por omisión, es decir el legislador cometió el error de incluir los derechos irrenunciables de los trabajadores lo que convierte al artículo 247 del COGEP en una norma inconstitucional por omisión.

Conforme lo manifestamos en la introducción de nuestro trabajo esta es una situación que nos preocupa por demás al momento del ejercicio profesional y más aún por ser una norma que al no estar regulada de una manera correcta y conforme a la Constitución nos genera ciertos retos y nos demuestra que nuestros legisladores no está ejerciendo su mandato de manera idónea ni con probidad.

⁶ Constitución de la República del Ecuador Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

CAPÍTULO TERCERO: MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL ABANDONO PROCESAL.

3.1. Generalidades

En el anterior capítulo resaltamos los problemas y retos que trajo consigo la actual regulación del abandono procesal, y sus disconformidades con la doctrina predominante. Por un lado, pudimos ver que, el artículo 249 inciso segundo del COGEP, restringe el derecho a la acción a consecuencia de los efectos jurídicos que el legislador le ha otorgado a la figura del abandono procesal a sabiendas de que dichas consecuencias son contrarias a la doctrina. Por otra parte, pudimos observar la falta de conocimientos que demuestran nuestros legisladores al estar fuera de contexto de lo que la doctrina ha expuesto y desarrollado acerca del derecho de acción. Lo que nos lleva a concluir que, el legislador, parece confundir el derecho de acción con el derecho material, llevando así a nuestro sistema procesal a tomar los lineamientos de la escuela romanista.

En este capítulo pondremos a consideración dos puntos principales. El primero estará encaminado a determinar cuáles son los derechos constitucionales que se ven afectados a consecuencia de los efectos jurídicos que prevé el abandono procesal, esto, con el propósito de resaltar la problemática que conlleva el COGEP en cuanto al abandono procesal desde una perspectiva constitucional. En segundo lugar, nos encargaremos de analizar y determinar, si la solución que ha previsto el legislador, a través de una propuesta de reforma al COGEP sobre el abandono procesal, realmente resuelve el problema que hemos planteado en nuestro estudio.

Para este cometido tomaremos al sistema procesal colombiano como punto de comparación en vista de que la solución prevista por el legislador ecuatoriano es similar a la regulación del Desistimiento Tacita contemplada en el sistema procesal

colombiano. De igual manera, analizaremos la propuesta de reforma al abandono procesal planeada por nuestros legisladores tomando como punto de comparación la Sentencia C-1186/08 del Tribunal Constitucional Colombiano para demostrar que, aun, con esta propuesta de reforma al COGEP la regulación del abandono procesal seguirá siendo inconstitucional y contraria a la doctrina predominante sobre el derecho de acción.

Previamente a analizar cuáles son los derechos constitucionales afectados por la actual regulación del abandono procesal, debemos recordar lo analizado en el capítulo anterior con el fin de resaltar los problemas que conllevan la deficiente técnica legislativa de nuestros asambleístas y, consecuentemente, las incongruencias que generan entre nuestro sistema de leyes y la doctrina, en cuanto a la regulación del abandono procesal. Además, estos postulados serán de gran ayuda para desarrollar las críticas que plantaremos en este capítulo.

Según las teorías e ideas de varios doctrinarios que hemos expuesto y analizado a lo largo de este estudio, coincidimos en lo siguiente: 1) Los postulados establecidos por CARNELUTTI condujeron a una real y efectiva separación absoluta de la acción del derecho material sin los cuales no podríamos considerar a la acción como un derecho autónomo y abstracto; 2) El concepto y las características del maestro DEVIS ECHANDIA nos esclareció cual es la finalidad y propósito de la acción; 3) La importancia del derecho de acción como un derecho de rango constitucional establecido por COUTURE; 4) Los aportes de GUASP que nos conducen a una clara distinción entre la pretensión, el derecho de acción y el derecho material; 5) Los pronunciamientos conjuntos de CAMACHO y DEVIS ECHANDIA acerca de la clasificación y las consecuencias de las diferentes formas anormales o extraordinarias de terminación del proceso; 6) El alcance de los efectos jurídicos del abandono procesal estudiados por MORALES, ALESSANDRI y PALLARES, los cuales, nos demuestran que el derecho material y la pretensión no se ven afectados, quedando estos incólumes; y finalmente, 7) las conclusiones de DEVIS ECHANDIA sobre la distinción del derecho de acción y el ejercicio del derecho de acción, este último implica el surgimiento del proceso y, sobre el cual, debería recaer los efectos del

abandono procesal que es la terminación del proceso mismo mas no la caducidad del derecho material pretendido.

Estas ideas y pensamientos que han sido expuestos a lo largo de los capítulos anteriores nos servirán para analizar y resolver nuestras dos interrogantes planteadas en este capítulo.

3.2. Análisis de los derechos constitucionales vulnerados

Nuestra primera interrogante, según expusimos al inicio de este capítulo, está relacionada con la determinación y el análisis de cuáles son los derechos constitucionales que se ven afectados por la declaratoria del abandono procesal en los términos establecidos en el COGEP.

Si realizamos una interpretación literal de lo que dispone el artículo 249 del código en su segundo inciso, podemos observar que, textualmente establece lo siguiente:

Art. 249.- Efectos del Abandono.

“Si se declara el abandono de la primera instancia, no podrá interponerse nueva demanda.”

La norma contiene lo que la doctrina denomina como el abandono de instancia, y como hemos venido mencionando, esta redacción de la norma adolece de ciertos errores en el uso de palabras que nos hacen pensar que nuestros legisladores codifican y crean normas sin emplear un lenguaje adecuado lo que nos conduce a un sistema jurídico incompatible a la doctrina.

En el anterior capítulo, expusimos y analizamos brevemente las diferencias entre la regulación del abandono procesal en el COGEP y el CPC. Ahora, nos encontramos en el momento oportuno, para un estudio más a profundidad, para analizar los derechos constitucionales afectados por esta deficiente regulación.

La norma establece de manera textual que una vez que han transcurrido los 80 días y sin que las partes hayan realizado alguna gestión útil para la prosecución del proceso, el juez, sea a petición de parte o de oficio, declarara el abandono del proceso. Simultáneamente, el código establece que, ante dicha declaración, ningunas de las partes podrá nuevamente interponer la misma demanda.

En primer lugar, podemos observar que la norma emplea el termino Demanda. Recordamos lo que mencionamos en el capítulo primero, pues, en palabras de DEVIS ECHANDIA, decíamos que la demanda es un acto introductorio a través del cual se ejerce el derecho de acción y es el vehículo a través del cual se formula la pretensión (Devis Echandía, 1972). También manifestamos que la demanda es el punto de contacto entre el derecho de acción y el derecho material. Sin embargo, debemos comprender que la demanda no es el derecho material ni el derecho de acción pero si es el medio a través del cual se materializa el derecho de acción. Por lo tanto, según lo expresado por la norma, si, declarado el abandono procesal cualquiera de las partes quedara impedida de interponer nuevamente la misma demanda, consecuentemente, en el fondo, se impide el ejercicio al derecho de acción; vulnerando así el derecho de acción en su forma abstracta. Recordemos, el derecho de acción según COUTURE es la especie del derecho de petición consagrado en la CRE en el artículo 66 numeral 23⁷. Consecuentemente, por la manera en la que se encuentra regulado el abandono procesal en nuestro sistema jurídico implica la restricción de un derecho de rango constitucional.

⁷ Constitución de la República del Ecuador Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.

Analizado desde este punto de vista, diremos que la declaratoria del abandono procesal no solo ataca al proceso en sí, el cual refleja el ejercicio del derecho de acción, sino que, como impide interponer nuevamente la misma demanda ataca también, ya no solo al ejercicio, sino, al derecho de acción en su sentido abstracto dejando desprovisto de tutela efectiva alguna al derecho material pretendido en juicio. Provocando así una vulneración a un derecho constitucional como mencionamos.

Tomando en cuenta que los derechos consagrados en nuestra CRE son interdependientes⁸ y se encuentran interrelacionados, consideramos que, ese, no es el único derecho constitucional que se encuentra vulnerado o violentado ante esta situación. También, se encuentran afectados, ante la restricción del derecho de acción y la extensión del derecho material pretendido, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, entre otros.

Es por esta razón, según hemos expuesto, que, consideramos, que la regulación del abandono procesal, en primer lugar, no responde a los lineamientos de la actual doctrina procesal, según lo expuesto y analizado en el primer capítulo. Nuestros legisladores han otorgado al abandono procesal efectos que no corresponden a dicha institución y, en segundo lugar, a consecuencia de esta regulación inexacta e imprecisa la norma se vuelve inconstitucional; pues, restringe el derecho de acción y consecuentemente el derecho de petición consagrado en la Constitución.

Si bien la Constitución, según el artículo 424⁹, es la norma suprema del ordenamiento jurídico el resto de normas deben guardar coherencia, concordancia y armonía con

⁸ Constitución de la República del Ecuador Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

⁹ Constitución de la República del Ecuador Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

aquella. El artículo 425¹⁰ de la CRE nos establece el orden jerárquico de las normas en nuestro sistema jurídico. Este orden jerárquico responde a lo que Kelsen denominó como pirámide jurídica, en la cual la Constitución es la fuente y el soporte, al mismo tiempo, del resto de normas jurídicas. Sin embargo el COGEP, siendo una norma de rango inferior, debería desarrollar el derecho de acción conforme lo establece los principios de aplicación de la Constitución, establecidos en el artículo 11 numeral 8, es decir, desarrollar de manera progresiva el contenido de los derechos fundamentales. Sin embargo, a pretexto de agilizar y facilitar la práctica judicial y para evitar una excesiva carga laboral a los jueces o tribunales de justicia nuestros legisladores, con la codificación del COGEP, sacrificaron el acceso a la justicia y la tutela judicial de los derechos.

3.3. Propuesta de reforma a la figura del abandono procesal.

El COGEP se encuentra en vigencia por más de tres años, desde el 22 de mayo de 2015, cuando fue debida y legalmente promulgado y publicado en el Registro Oficial con No. 506. Durante estos años de práctica del COGEP han existido varias críticas a los errores cometidos por nuestros legisladores que ha provocado que varios juristas, abogados y estudiantes hagan un llamado a la Asamblea Nacional, ya sea, a través de blogs, redes sociales, trabajos de grado, publicaciones, conferencias, seminarios y demás, para que se dé solución a estos inconvenientes mencionados en este trabajo de estudio,

Actualmente, con fecha once de enero de dos mil diecinueve, fue recibido, de manera formal por el Pleno de la Asamblea, el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos -en adelante proyecto de ley reformatoria al COGEP-, el cual contempla un total de trece artículos reformativos y una disposición

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

final. Este proyecto de ley reformativa al COGEP en sus artículos 6 y 7 busca reformar los artículos 247 el inciso segundo y todo el 248 del COGEP; los cuales tratan sobre el procedimiento y los efectos del abandono procesal, respectivamente.

Nuestros asambleístas plantean esta propuesta de ley reformativa al COGEP como una posible solución a los retos y problemas que presenta la figura del abandono procesal en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, veremos a lo largo de este capítulo que, en realidad, la propuesta planteada por nuestros legisladores no soluciona la problemática que hemos planteado en nuestro estudio. Por lo tanto, consideramos, que en la forma en la que está planteada dicha propuesta no debería ser acogida, o la misma debería replantearse o reformularse, en primero y segundo debate, a fin de que se presenten soluciones reales siempre apegadas a la doctrina y a los postulados de los grandes pensadores del derecho procesal. Dicha propuesta, veremos más adelante, es una réplica de la Ley Reformativa 1194 de 2008 aprobada en el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, veremos que el mismo Tribunal Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia C-1186/08, estableció, en sus considerandos y motivación, que la regulación que presentaba el Desistimiento Tácito era restrictiva de ciertos derechos constitucionales; al igual que sucede en nuestro sistema.

Para analizar los cambios que la propuesta de ley reformativa al COGEP presenta, es necesario realizar un análisis comparativo con el COGEP y determinar cuáles son los cambios sustanciales que se presentan dentro de la regulación del abandono procesal, y decidir si estos cambios son correctos o no.

La propuesta de ley reformativa al COGEP establece lo siguiente.

Artículo 6.- Agréguese como párrafo segundo en el artículo 248, el siguiente texto:

El abandono no podrá ser declarado por la o el juzgador, ni de oficio ni a solicitud de parte, luego de que se hubiere realizado algún acto o presentado alguna petición, por cualquiera de los sujetos procesales. La o el juzgador esta proscrito de declarar el abandono con efecto retroactivo.

Si analizamos literalmente la propuesta de cambio que presenta la Asamblea, esta, establece que cuando se realiza cualquier actuación o se presente alguna petición no procederá la declaratoria del abandono procesal. Esto podría generar otra confusión en la regulación del abandono procesal. La doctrina establece que no cualquier acto o petición deberá ser considerada para la interrupción del plazo para la declaratoria del abandono procesal sino solo aquellas que estén relacionadas con el trámite del juicio; por lo tanto, una solicitud de copias certificadas o desglose de la documentación adjunta a la demanda no debería considerarse como actuaciones o peticiones relacionadas al trámite (Devis Echandía, 1966).

Nuevamente, podemos observar como la propuesta que se entiende que debería dar solución a la problemática del abandono procesal, en realidad genera más problemas. La propuesta de ley reformativa al COGEP puede generar inconvenientes cuando esta dice que por cualquier actuación o petición que se realice no se considerara como inactividad del proceso. Vemos que las soluciones que plantean nuestros legisladores no son en su totalidad conformes a la doctrina predominante en materia procesal.

En relación a los efectos del abandono procesal, que actualmente ya presenta una restricción al derecho de acción, la propuesta de ley reformativa al COGEP establece lo siguiente.

Artículo 7.- *Sustitúyase el artículo 249, por el siguiente texto:*

Art.- 249. Efectos del abandono: Declarado el abandono, se cancelarán las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso.

Si se declara el abandono por primera vez en primera instancia, el demandante podrá presentar una nueva demanda sobre las mismas pretensiones, después de seis meses contados a partir del auto que lo declaró. Si se declarara el abandono por segunda ocasión sobre la misma pretensión, se extinguirá el derecho y no podrá interponerse nueva demanda.

Si se declara el abandono en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, se tendrá por desistida la apelación o dicho recurso y por firme la resolución recurrida, y se devolverán las actuaciones al tribunal o a la judicatura de donde procedieron.

Este artículo presenta un cambio sustancial a la figura del abandono procesal aunque no el que esperábamos. Nos interesa la propuesta de cambio presentada en relación al segundo inciso del artículo que contempla el abandono de instancia. Según la propuesta de ley que presenta la Asamblea, la declaratoria del abandono procesal contempla dos momentos. Cuando la declaratoria de abandono se produce por primera vez queda suspendido el derecho de acción por un total de 6 meses, en caso de que existiese una segunda declaratoria de abandono procesal se efectuara una extinción del derecho de acción, consecuentemente, como manifestamos con anterioridad, los alcances de esta regulación, al final de cuentas, sigue provocando una extinción del derecho material pretendido en juicio de forma irreversible.

Si bien podemos ver que el legislador pareciera que plantea una alternativa para una solución a los efectos jurídicos del abandono procesal, planteados actualmente en el COGEP, nuevamente, esta, no es una solución apegada a la doctrina, sino, más bien, responde a un criterio de política legislativa. Como manifestamos con anterioridad, dentro de este mismo capítulo, el derecho de acción por las características que lo envuelven, y a más de ser la especie del derecho de petición, un derecho de rango constitucional, no puede ser privado de su ejercicio ni de su eficacia por una norma.

Este razonamiento lo reforzaremos con el análisis de la Sentencia C-1186/08 del Tribunal Constitucional de Colombia más adelante.

Por lo tanto, hasta el momento, podemos decir que esta solución que plantean nuestros legisladores no es, aun, la adecuada ni la correcta en vista de que, la propuesta de solución que plantean, sigue presentando conflictos constitucionales por la forma en la que se pretende regular la figura del abandono procesal.

3.4. Modelos procesal colombiano: Desistimiento Tácito

Conforme mencionamos en la Introducción y al inicio de este capítulo, utilizaremos al sistema procesal colombiano y su regulación de la figura del desistimiento tácito, que es la misma que el abandono procesal en nuestro sistema procesal, y el análisis que ha realizado el Tribunal Constitucional Colombiano sobre de dicha figura para resaltar y demostrar que la propuesta de ley reformativa al COGEP, si bien modifica la regulación del abandono procesal, no es la correcta y sigue presentando conflictos constitucionales.

La figura del desistimiento tácito es una de las formas anormales de terminación del proceso contemplada en el sistema procesal colombiano. A pesar de tener una denominación diferentes a la contemplada en nuestro sistema, en nada dista de su naturaleza y las características que la revisten en el campo procesal.

En el sistema procesal colombiano hasta antes del 2008 cambió la denominación de perención por la de desistimiento tácito con la entrada en vigencia de la Ley 1194, promulgada por el Congreso colombiano el 9 de mayo de 2008, la cual reformo el Código de Procedimiento Civil colombiano.

Dicha regulación sobre el desistimiento tácito establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 1. El Libro Segundo. Sección Quinta. Título XVII. Capítulo III. Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, quedará así:

Capítulo III. Desistimiento tácito.

Artículo 346.- Desistimiento Tácito. Cuando para continuar el trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta días siguientes, término en el cual, el expediente deberá permanecer en Secretaría.

Vencido dicho término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares.

El auto que ordene cumplir la carga o realizar el acto se notificará por estado y se comunicará al día siguiente por el medio más expedito. El auto que disponga la terminación del proceso o de la actuación, se notificará por estado.

Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos

que sirvieron de base para la admisión de la demanda o libramiento del mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso.

PARÁGRAFO 1. El presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial.

PARÁGRAFO 2. Cuando se decrete la terminación del proceso por desistimiento tácito de la demanda, esta podrá formularse nuevamente pasados seis meses, contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto.

ARTÍCULO 2. DEROGATORIA. Esta ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias del Código de Procedimiento Civil y será aplicable solo a los procesos de naturaleza civil y de familia.

ARTÍCULO 3. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Como podemos observar de la regulación que presentaba esta ley reformativa es muy similar en su contenido y esencia a la propuesta de ley reformativa al COGEP presentada por nuestros asambleístas.

La norma contempla la declaratoria del desistimiento tácito en dos etapas. De igual forma como mencionamos anteriormente, ante la primera declaratoria de desistimiento tácito se entenderá suspendido el derecho de acción durante seis meses, si la declaratoria del desistimiento tácito se produce por segunda vez se producirá la extinción del derecho de acción, y como ya mencionamos, finalmente, esto, implica la extinción del derecho material pretendido en juicio.

Podemos observar que esta regulación es muy similar a la propuesta por nuestros mandantes, con una ligera diferencia, en el sistema procesal colombiano, el juez tiene la obligación de conminar a la parte que realice la actividad procesal pendiente a fin de evitar que se produzca el desistimiento tácito. Dicha obligación procesal no está contemplada en el sistema procesal ecuatoriano. Conforme nuestro criterio, consideramos, el Juez, en el sistema colombiano, tiene un papel más activo, garantista y protector de los derechos de las partes, puesto que la Ley colombiana le ordena al juez que notifique y conmine a la parte que tenga pendiente la realización de una actuación o carga procesal a que la realice a fin de evitar que el proceso culmine por desistimiento tácito.

Como podemos observar la regulación de la Ley Reformatoria 1194 de 2008 del sistema colombiano es muy similar a la propuesta planteada por nuestros assembleístas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Colombia en el mismo 2008 emitió la Sentencia C-1186/08 la cual resalto los problemas de índole constitucional que presentaba la figura del desistimiento tácito. Lo cual consideramos serían los mismos argumentos que podríamos utilizar para analizar la propuesta de reforma a la figura del abandono procesal y con la cual, consecuentemente, deduciremos también que su actual regulación es contraria a la doctrina procesal predominante y genera inconsistencias en nuestro sistema jurídico.

En el 2012 el sistema procesal colombiano opto por la unificación de los diferentes procesos de sus respectivas materias en un solo cuerpo normativo bajo la denominación de Código General de Procesos -en adelante código procesal colombiano- en el cual decidió mantener la regulación que contemplaba el CPC colombiano acerca del desistimiento tácito con ciertas modificaciones y aclaraciones. Por lo cual dicha regulación quedo establecida de la siguiente manera:

Artículo 317. Desistimiento tácito: El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.

2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas "o perjuicios" a cargo de las partes.

El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas:

- a) Para el cómputo de los plazos previstos en este artículo no se contará el tiempo que el proceso hubiese estado suspendido por acuerdo de las partes;*
- b) ...*

- c) *Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo;*
- d) ...
- e) ...
- f) *El decreto del desistimiento tácito no impedirá que se presente nuevamente la demanda transcurridos seis (6) meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto o desde la notificación del auto de obediencia de lo resuelto por el superior, pero serán ineficaces todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y notificación de la demanda que dio origen al proceso o a la actuación cuya terminación se decreta;*
- g) *Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso;*

Como podemos observar la actual regulación de los efectos del desistimiento tácito que presenta el código procesal colombiano son muy similares a los establecidos en la propuesta de ley reformativa al COGEP. Sin embargo debemos tomar en consideración que la regulación que presenta la legislación colombiana fue fuertemente criticada por el Tribunal Constitucional de Colombia como veremos a continuación.

La Sentencia C-1186/08 se emite en razón de la interposición de la demanda de los ciudadanos Nelson Eduardo Jiménez Rueda (exp. D-7312) y Franky Urrego Ortiz (exp. D-7322) presentaron sus demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1194 de 2008 la cual recogía los efectos jurídicos de la figura del desistimiento tácito. Por disposición del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia decidieron acumular

ambos procesos, mediante Auto, el diez de julio de dos mil ocho. Una vez que la demanda fue admitida el Juez Ponente sustancio la causa y ordeno comunicar al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Protección Social, al Ministerio de Defensa, y demás instituciones competentes, según ordena la Ley.

Una vez que se dio cumplimiento a las disposiciones legales y constitucionales pertinentes para la tramitación y solución de la demanda, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la causa.

Previo a exponer las razones por las cuales consideramos que la regulación del abandono procesal es una norma contraria a lo que establece la doctrina, y en cierta medida vulnera derechos constitucionales, primero, debemos tomar en cuenta que el procedimiento para la declaratoria del desistimiento tácito, en el sistema colombiano, es diferente a nuestro sistema.

En el procedimiento del desistimiento tácito el juez, por disposición legal como pudimos observar, tiene la obligación de notificar a la parte que está pendiente de realizar una actuación procesal a que la realice a fin de evitar que el proceso termine por desistimiento tácito. Es decir el juez incita a las partes a que impulsen el proceso resguardando y protegiendo los derechos de las partes. Este principio ha sido denominado por el Tribunal Constitucional de Colombia como el principio de colaboración con el buen funcionamiento de la administración de justicia, el cual tiene por objeto que las partes busquen solucionar sus intereses a través del proceso con la intervención de un tercero imparcial; y, así se pueda alcanzar o restaurar los fines sociales de los cuales hablamos al inicio de nuestro estudio.

Una vez que ubicamos en el contexto en el cual se efectúa el procedimiento del desistimiento tácito, debemos considerar que en nuestro sistema no contamos con esta

regulación en la que el juez garantiza el pleno goce y ejercicio de los derechos de las partes.

Si bien es cierto que la Sentencia rechaza la demanda de acción pública de inconstitucionalidad debemos tener claro y presente que en nuestro sistema no contamos con esta regulación. Por esta razón consideramos que los efectos sobre los que recae la figura del abandono procesal en cierta medida son súbitos, si bien estos no son sorpresivos, pues, existe el previo conocimiento de las consecuencias que la declaratoria del abandono procesal puede producir; también, se debe tener en cuenta el análisis que se realiza en la Sentencia. La sentencia realza un problema de índole práctico que puede tener lugar entre Cliente-Abogado o Poderdante-Apoderado, hay que tener en consideración que si bien existe una representación entre abogado-cliente, la cual sigue las reglas generales, hay que tener en consideración que muchas de las ocasiones puede suceder que el proceso sea declarado en abandono por la falta de actividad del mismo a causa de la negligencia profesional o falta de probidad del apoderado y quien acarrea las consecuencias de la extensión del derecho pretendido en juicio es el cliente o poderdante.

En los considerandos de la Sentencia, si bien el Tribunal, establece que la limitación a ciertos derechos es correcta en medida de que la naturaleza del abandono tácito, en este caso del desistimiento tácito, es de carácter sancionatorio, justifica la restricción de ciertos derechos como el de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva. Aunque la Universidad Nacional y Académica Colombiana de Jurisprudencia y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal en sus pronunciamientos consideran que, si, existe una vulneración a ciertos derechos fundamentales como de acceso a la justicia y al debido proceso en vista de que los efectos que produce la declaratoria del desistimiento tácito, si bien son por etapas, estas, son fulminantes pues extinguen el derecho de acción, es decir impiden poder recurrir nuevamente al órgano jurisdiccional en caso de desistimiento tácito, y consecuentemente extingue el derecho material pretendido.

Si bien podemos ver este análisis lo realizó la Corte Constitucional de Colombia en el año 2008, la cual, consideramos en un análisis, sus considerandos son muy correctos y gozan de un razonamiento lógico y sistemático con el resto de normas del ordenamiento jurídico del sistema colombiano, sin embargo el Tribunal no dio paso a la demanda y considero que la regulación de la que goza el desistimiento tácito es conforme a la Constitución colombiana y a su ordenamiento jurídico. A pesar de esto, rescatamos los argumentos de la Sentencia en los cuales se considera que existe una vulneración y privación al derecho de acceso a la justicia y al derecho de petición.

Si tomamos en consideración estas críticas que se realizaron al sistema colombiano, considero, nuestros legisladores deberían tener presente que estas dificultades se pueden presentar actualmente a la propuesta de ley reformativa al COGEP que fue presentada a la Presidencia de la Asamblea Nacional para reformar la figura del abandono procesal. Más aun, debemos tener en cuenta, que, la actual regulación del abandono procesal es mucho más tajante, según su regulación, pues, con la declaratoria de abandono tácito quedara extinto tanto del derecho de acción como el derecho material pretendido vulnerando así los derechos de acceso a la justicia y tutela efectiva.

Por todo lo mencionado, hasta aquí, consideramos, que, la actual regulación del abandono procesal no es correcta ni la más adecuada, e incluso es contraria a los postulados de la doctrina predominante en cuanto a los avances que se presentaron a lo largo del desarrollo del derecho de acción. De igual manera, las soluciones planteadas por el legislador mediante la propuesta de ley reformativa al COGEP tampoco presentan una solución adecuada y conforme a la doctrina, esto concluimos en vista de que las características y naturaleza que envuelve, por una parte el abandono procesal, este, no debería atacar y extinguir el derecho de acción sino únicamente debería atacar al proceso, y por otra parte el derecho de acción en su sentido abstracto, según sus concepciones y características, no debería ser limitado ni restringido por una norma de carácter procesal.

CONCLUSIONES.

Los aportes de los tratadistas como CARNELUTTI, UGO ROCCO, COUTURE, DEVIS ECHANDIA, entre otros, hicieron que, finalmente, la acción sea considerada como un derecho autónomo, independiente y abstracto, pasando, así, de los postulados de la escuela clásica a los de las teorías abstractas de la acción como un derecho autónomo, lo que permitió que finalmente se distinga a la pretensión, el derecho pretendido en juicio y el derecho de acción. Actualmente, la doctrina establece que los postulados de las teorías abstractas de la acción predominan sobre el resto de las teorías que abordan el estudio de la acción

Nuestros legisladores en el 2015, expidieron el Código Orgánico General de Procesos bajo la premisa de la necesidad de unificar, simplificar y prestar celeridad a los procesos que se encontraban dispersos en varias normas. Sin embargo, parece que nuestros legisladores, olvidaron, algunas teorías, conceptos y características que envuelven ciertas instituciones jurídicas a pretexto de aliviar la carga laboral de los tribunales de justicia y prestar mayor eficacia al sistema judicial. Consideramos, que, nuestros legisladores sacrificaron algunas concepciones pertenecientes a las teorías abstractas de la acción a pretexto de prestar una mayor eficiencia y celeridad a los procesos cuando en realidad provocaron una confusión y disconformidad en nuestro sistema legal.

Esta confusión de nociones y teorías, y falta de definiciones, han provocado un retroceso a nuestro sistema procesal jurídico. La regulación establecida en el segundo inciso del artículo 249 nos hace pensar que nuestros legisladores presentan una total falta de probidad en el ejercicio de su mandato. En primer lugar, con la codificación del COGEP, el legislador se tomó la arbitrariedad de otorgar los mismos efectos jurídicos del desistimiento al abandono procesal. La redacción de la norma nos hace entender que se está coartando el derecho de acción en su forma abstracta. En segundo lugar la propuesta de ley reformativa al COGEP presentada al Pleno de la Asamblea,

que, supone, debe resolver la problemática que presenta la figura del abandono procesal, no presenta una solución correcta.

La doctrina es clara y precisa en el desarrollo de los postulados del derecho de acción. Como manifiesta DEVIS ECHANDIA, este, tiene dos momentos: abstracto y concreto. Cuando el derecho se manifiesta a través de la demanda este se encuentra en su forma concreta manifestándose a través del proceso. Mientras que cuando no se ha presentado la demanda, este, se encuentra en su forma abstracta. Por lo tanto, según la doctrina predominante, los efectos del abandono procesal deberían recaer sobre el proceso y la relación procesal más no sobre el derecho de acción en su forma abstracta. Consecuentemente, debemos diferenciar entre el derecho de acción y el ejercicio del derecho de acción. De igual forma debería diferenciar entre la renuncia y el desistimiento y abandono de un derecho. Cuando el legislador regula los efectos del abandono procesal no toma en consideración estas distinciones cuando la doctrina los tiene claramente delimitados. Estas confusiones en el legislador provocan una falta de armonía entre nuestra legislación y la doctrina predominante.

De igual forma, nuestros legisladores han omitido, en el artículo 247 del COGEP, establecer como caso de improcedencia del abandono procesal a los derechos irrenunciables de los trabajadores a consecuencia de los efectos jurídicos otorgados al abandono procesal. El sustento jurídico detrás del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador es incompatible con los efectos jurídicos del abandono procesal, es por esta razón, que, el artículo 247 en su enumeración, debería considerar la irrenunciabilidad de los derechos como uno de los casos en los que no procederá el abandono procesal.

A pesar de las intenciones de presentar una solución a estos inconvenientes, la ley reformativa al COGEP no presenta las soluciones pertinentes y adecuadas al problema. Lo que nos demuestra que nuestros legisladores siguen sin entender cuál es la problemática detrás de los efectos jurídicos del abandono procesal regulado en el COGEP, y además los conflictos constitucionales que dicha figura provoca. El sistema

procesal colombiano, a través del Tribunal Constitucional de Colombia, hace más de 10 años comprendió cuales pueden ser los diferentes conflictos constitucionales que puede presentar la regulación del desistimiento tácito, sin embargo, nuestros legisladores no comprenden aun, que, dicha propuesta de ley reformativa al COGEP no solucionara la problemática del abandono procesal.

RECOMENDACIONES.

No requerimos una regulación abundante, sino concreta, sobre la figura del abandono procesal, por lo que, esperemos, que, en un futuro, nuestros legisladores sepan obrar con probidad y conocimiento, y empleen los conceptos correctos en la creación o codificación de nuestras normas jurídicas a fin de evitar las incomprensiones y falta de concordancia de nuestro sistema jurídico con la doctrina.

Exhortamos a que nuestros legisladores tengan presente las observaciones y análisis realizados en este estudio de grado a fin de que puedan realizar los cambios pertinentes y adecuados a los artículos 6 y 7 de la propuesta de Ley Orgánica Reformatoria al Código General de Procesos, ya que la regulación del abandono procesal es inexacta e imprecisa tanto en el COGEP como en la propuesta de ley reformatoria al COGEP.

En caso de que persista la insistencia, y falta de conocimiento en la materia, de parte de los legisladores, en otorgar al abandono procesal efectos jurídicos que vulneren el derecho de acción en su forma abstracta, recomendamos, al legislador, a través de la propuesta de ley reformatoria, incluya en su articulado una reforma al artículo 247 del COGEP para añadir a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador como uno de los casos de improcedencia del abandono procesal.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alessandri, F. (1936). *Derecho Procesal Civil* . Santiago: Editoriales Jurídicas.
- Alsina, H. (1963). *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial* . Buenos Aires: Ediar.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (10 de Enero de 2019). *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Organico General de Procesos*. Obtenido de Asaamblea Nacional República del Ecuador: <https://www.asambleanacional.gob.ec/es>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bulow, O. (1964). *Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*.
- Camacho, A. (2016). *Manual de derecho procesal* . Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Casarino, M. (1950). *Manueal de derecho procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Chioyenda, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* . Madrid: Revista de DerechoPrivado Madrid.
- Congreso Nacional. (1987). *Codigo de Procedimiento Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- Couture, E. (2014). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: B de F.

- Desistimiento Tácito, C-1186/08 (Corte Constitucional de Colombia 03 de Diciembre de 2008).
- Devis Echandía, H. (1962). *Tratado de derecho procesal civil, Tomo II*. Bogota: Temis.
- Devis Echandía, H. (1963). *Teoria general del proceso*. Bogota: Editorial Temis.
- Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Edic. Aguilar.
- Devis Echandía, H. (1972). *Compendio de derecho procesal*. Bogota: Edit. ABC.
- García, J. (2016). *Análisis jurídico teórico-practico del código orgánico general de procesos*. Quito : INDUGRAF.
- Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guillen, F. (1955). *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Editorial revista de derecho privado.
- Lovato, I. (1992). *Programa analítico de derecho procesal civil ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Merchán, P. (2016). *El abandono procesal y su regulación en el Ecuador*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Micheli, A. (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires.
- Morales, H. (1991). *Curso de derecho procesal civil*. Bogota: Ediciones Lerner.
- Obando, J. (2016). *Derecho laboral*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Pallares, E. (1956). *Diccionario del derecho procesal civil*. Mexico: Editorial Porrúa .
- Parry, A. (1964). *Perención de la instancia*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina S.R.L.
- Peñaherrera, V. (1958). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*. Quito: Editorial Universitario.
- Prieto, L. (1968). *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revisra de Derecho Privado.

Rocco, U. (1969). *Compendio de derecho procesal* . Bogota - Buenos Aires: Temis de Palma.

Rocco, U. (1969). *Tratado de derecho procesal civil*. Bogota-Buenos Aires: Temis-Depalma.

Santis, S. (1958). *Teoría y práctica del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.

Troya, A. (1978). *Elementos de derecho procesal civil*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica.