



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**“Regulación del Abandono procesal en el COGEP y
su Ley Orgánica Reformatoria 2019”**

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

Autora:

MARCIA GABRIELA CEDILLO NOVILLO

Director:

Dr. Wilson Olmedo Piedra Iglesias

Cuenca – Ecuador

2020

DEDICATORIA

Al Dios Padre por su omnipotencia.

A la Virgen Santísima por su protección infinita.

A mis padres Pablo y Marcia, por su guía y amor incondicional.

A mi hermano, que me inspira a ser mejor.

A mi familia y amigos, por ser mi bendición.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad del Azuay por ser un verdadero hogar académico donde desarrollé mi pasión por la carrera de Derecho, de manera especial a quienes forman parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

Al Doctor Wilson Olmedo Piedra Iglesias, por sus valiosos e incondicionales conocimientos en la dirección del presente trabajo de titulación.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: EL ABANDONO.....	10
1.1 Antecedentes históricos de la figura del abandono.	10
1.2 Revisión bibliográfica de estudios anteriores.	12
1.3 Fundamentación teórica y doctrinaria del abandono procesal	20
CAPITULO II: LEY ORGÁNICA REFORMATORIA DEL COGEP.....	25
2.1 Análisis comparativo del COGEP antes y después de la Ley Orgánica Reformatoria	25
2.2 Procedencia e Improcedencia del Abandono Procesal.....	26
Improcedencia del Abandono Procesal.....	29
2.3 Efectos del Abandono Procesal.....	41
CAPITULO III: PROBLEMAS DETECTADOS.....	53
3.1 Confusión teórico practica de los efectos del abandono con el desistimiento .	53
3.2 La interrupción del abandono y los posibles casos de apelación del auto interlocutorio que declara el abandono.	59

3.3 La facultad del legislador para decidir los casos en que es improcedente declarar el abandono.	62
3.4 Problemática procesal de la posibilidad de volver a demandar	65
3.5 El abogado que no asiste a la audiencia	70
3.6 La falta de una disposición transitoria que regule el abandono	82
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	91
BIBLIOGRAFÍA.....	92

RESUMEN

Si bien, la figura del abandono procesal tiene por objeto dar eficacia a los principios de celeridad, certeza y seguridad jurídica es decir, busca evitar que los procesos se tramiten de manera indefinida, éste debería atacar únicamente al proceso en sí mismo mas no al derecho de acción, sin embargo, por la manera en que está desarrollado el COGEP se afecta directamente al derecho material, por lo tanto, se podría entender que el contenido de los artículos 245 al 249 del Código Orgánico General del Procesos, transgrede el principio de acceso a la justicia consagrado en el artículo 75 la Constitución de la República del Ecuador. Razonablemente, surge la interrogante de si la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Proceso (LORCOGEP) es lo suficientemente clara para cubrir los vacíos que existían respecto a la figura del Abandono como forma anormal de terminación del proceso.

PALABRAS CLAVES

Abandono procesal, Código Orgánico General del Procesos (COGEP), Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Proceso (LORCOGEP).

ABSTRACT

Although the figure of procedural abandonment is intended to give efficacy to the principles of speed, certainty and legal certainty, that is, to seek the prevention processes from being processed indefinitely, it should attack only the process itself but not the right. However, due to the way in which COGEP is developed, substantive law is directly affected. Therefore, it could be understood that the content of Articles 245 to 249 of the General Organic Code of Processes, violates the principle of access to justice enshrined in article 75 of the Republic of Ecuador Constitution. Reasonably, the question arises as to whether the Organic Reform Law of the General Organic Code of Process (LORCOGEP as per its Spanish acronym) is clear enough to cover the gaps that existed regarding the figure of Abandonment as an abnormal form of termination of the process.

KEY WORDS:

Procedural abandonment, Organic Procedure Code (COGEP), Organic General Code Reform Act.



Translated by



Gabriela Cedillo N.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación denominado “Regulación del Abandono procesal en el COGEP y su Ley Orgánica Reformatoria 2019”, se divide en tres Epígrafes, que responden a la siguiente problemática: la figura del abandono procesal tiene por objeto dar eficacia a los principios de celeridad, certeza y seguridad jurídica es decir, busca evitar que los procesos se tramiten de manera indefinida o que existan dilaciones innecesarias; esta figura debería únicamente atacar al proceso en sí mismo mas no al derecho de acción, sin embargo, por la manera en que está desarrollada la norma, se podría entender que el contenido de los artículos 245 al 249 del Código Orgánico General de Procesos transgrede el principio de acceso a la justicia consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, evidenciando la indefensión de la parte demandante. Posteriormente, el 25 de junio de 2019 fue implementada Ley Orgánica Reformatoria al COGEP (LORCOGEP), para solventar los problemas que afectan en la práctica del Derecho y es aquí donde se origina la imperante necesidad de abordar este tema, con el ánimo de analizar si la Ley Orgánica Reformatoria satisface o no lo que la Doctrina manifiesta respecto a la figura del Abandono procesal, y en consecuencia, determinar la urgencia y necesidad de expedir una nueva reforma que salvaguarde los derechos constitucionales comprometidos en la práctica del Derecho tales como: tutela judicial efectiva, acceso a la administración de justicia, debido proceso, entre otros. Consiguientemente, el objetivo general del presente trabajo es realizar un estudio jurídico, crítico, doctrinario y jurisdiccional sobre la regulación de figura jurídica del Abandono procesal con las reformas introducidas en el 2019, demostrar que no son suficientes y que necesitan ser sustituidas por la Asamblea Nacional, mediante una nueva Ley Orgánica Reformatoria, que solvete los problemas subsistentes detectados.

Para ello, en el **Epígrafe I**, se desarrolla desde el punto de vista doctrinario qué es el abandono y sus antecedentes jurídicos con el objeto de fijar con claridad las nociones básicas que sirvan como punto de partida al presente trabajo de investigación.

En el **Epígrafe II** se realiza un análisis comparativo sobre cómo se halla regulada la figura del abandono antes y después de la Reforma al Código Orgánico General de Procesos, a fin de establecer de manera concreta si los cambios realizados son positivos o no.

Y en el **Epígrafe III** se establece y desarrolla los problemas detectados respecto de la figura del abandono en la legislación ecuatoriana, a la luz de la doctrina y del conocimiento de la regulación normativa actual. Por último, se realiza las recomendaciones necesarias a fin de que el abandono cumpla el rol que doctrinariamente está llamado a desempeñar.

CAPÍTULO I: EL ABANDONO

1.1 Antecedentes históricos de la figura del abandono.

En lo que respecta a los antecedentes jurídicos del abandono procesal, la doctrina señala que esta figura surge en el Derecho Romano antiguo, con las leyes de los primeros tiempos de la República a partir de Justiniano y de su *Constitución Properandum*.

En el Derecho Romano, las causas se clasificaban en: *Judicial Legítima* y *Judicial Queae Imperio Coninentur* (Palladares, 1956), las *Judicial Legítima* se efectuaban únicamente entre ciudadanos romanos o aquellos que se encontraban en la periferia los muros del Imperio, donde las partes eran remitidas a un solo juez o ante los recuperadores (Ponce, 1987); no se fijaba un tiempo de duración para estos juicios, sino se conservaba la instancia hasta que el Magistrado que conocía de la causa se pronuncie en sentencia. Ulteriormente, se implementó la *Ley Julia Iudicaria* que estableció un plazo de dieciocho meses a partir del día que la instancia se hubiere iniciado, una vez vencido este plazo así no se hubiese dictado sentencia se extinguía el derecho material que se hacía valer en juicio de pleno derecho y ya no era posible volver a interponerlo nuevamente.

Por su parte, las causas *Judicial Queae Imperio Coninentur*, estaban limitadas a la permanencia en el poder del Magistrado que las había ordenado, quienes eran elegidos de por vida, y los procesos que no concluían, podían ser presentados por el actor al nuevo Magistrado contra la misma parte y

por el mismo objeto, puesto que la caducidad de la instancia se efectuaba prácticamente con la muerte del Magistrado.

En el año 530 DC, como solución a los inconvenientes que surgen en las causas judiciales tras la implementación de la *Ley Julia Iudicaria*, el Emperador Justiniano implementa la *Constitución Properandum*, norma que obligaba a los Magistrados, resolver las causas civiles en el plazo de tres años a partir de la contestación de la contienda. Si la Litis no era decidida en el tiempo, perecía la instancia y la sentencia emanada era nula. De esta forma, el abandono, caducidad o perención era considerado como el límite de tiempo que tenía el juez para resolver la Litis, con el fin de que éstos cumplan con su obligación de resolver las causas. Esta ley fue derogada más tarde por Justiniano, con las novelas 49 y 126. La *lex properandum* generó entre los comentaristas de Derecho Romano algunas polémicas, de sobremanera en lo referente al modo de operarse y a los efectos de la perención (Palladares, 1956). Posteriormente, con la caída del Imperio Romano la caducidad se transformó como sanción a la negligencia de las partes contendientes

En la legislación Francesa, la perención como instituto procesal quedó indefinida, y sus efectos eran ignorados en la práctica. Por un lado, se establecía la perención, y por el otro, en virtud de la *Insufflatio Spiritus*, se podía revivir la instancia por obra de un decreto del príncipe, de autoridad delegada o del Presidente del Sagrado Regio Consejo. Tal fue el abuso de esta facultad, que en el año de 1539 DC fue suprimida mediante ordenanza.

En la legislación alemana y austriaca, no se adoptó la Institución. Estos ordenamientos admiten la tregua o “descanso del proceso” (*stillstand*), que es un estado de inactividad sin “consecuencias

procesales”. El *stillstand* va desde el último acto procesal de las partes o del juez, hasta un nuevo acto de impulso procesal.

1.2 Revisión bibliográfica de estudios anteriores.

Por ser el presente trabajo la continuación de la investigación “Regulación del Abandono procesal en el COGEP y su conflicto con el Derecho Laboral” realizada por el abogado Ulloa Quizhpi Pedro; es menester desarrollar varios conceptos básicos que fueron tratados a detalle por el autor a fin de posteriormente lograr detectar las incongruencias que existen en nuestra norma respecto de lo que la Doctrina manifiesta.

Primero, la raíz de donde surge la figura del abandono, objeto de esta tesis, es el Derecho Procesal. Éste, mana 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, Manual de derecho procesal , 2016). Consecuentemente, es necesario para esta investigación iniciar especificando al término **proceso**, entendido como un conjunto de actos, en donde el abandono sería consecuencia de la falta de su cumplimiento.

El Diccionario de Derecho Procesal Civil de Eduardo Palladares define al proceso como: “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” (Palladares, 1956).

El Diccionario Jurídico de la Real Academia de la lengua española, precisa al proceso como: “conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada” (Diccionario Jurídico de la Real Academia de Lengua Española, 2019).

Roberto Guzmán Santa Cruz, en su Repertorio de concepto de derecho procesal civil, define al proceso como “el mecanismo jurídico que permite componer el litigio, que permite aplicar la norma positiva al caso concreto en que existe un conflicto de intereses”. (Guzmán Santa Cruz, 1966).

También, Couture hace bien al decir 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). Y, respecto a la naturaleza jurídica del proceso manifiesta que: “no solo es una investigación teórica del mismo, sino que, su estudio tiene una incidencia de índole práctico” (Couture, 2014)

De igual forma Rocco, realiza una definición técnica y 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).

Por otro lado, para Devis Echandía, 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, Nociones generales de derecho procesal civil, 1966). Este autor, presenta una definición más completa porque su concepto no solo se limita a la inobservancia de la norma sino cuando existe incertidumbre.

El siguiente término que debe ser analizado es **procedimiento**, puesto que se lo suele confundir con proceso, y a pesar de que se encuentran íntimamente relacionados esto provoca que se tergiversen sus conceptos.

El Diccionario Jurídico de la Real Academia de la lengua española, manifiesta que el procedimiento es: “conjunto de normas jurídicas que ordenan y regulan un proceso jurídico y sus distintos trámites” (Diccionario Jurídico de la Real Academia de Lengua Española, 2019).

En palabras de Carnelutti, 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, 1944).

Alsina en cambio, expresa que el procedimiento es el conjunto de formalidades que deben someterse las partes en la tramitación del proceso, etimológicamente *procedere*, indica la idea de

una marcha a seguir, supone una serie de actos que forman el proceso (Alsina, Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial, 1963).

Para Guasp, el procedimiento es “una pluralidad de actos característicos coordinados de modo que cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores” (Guasp, 1968).

En conclusión, se debe tener presente lo que expresa Carnelutti en su obra Sistema de Derecho Procesal Civil, que al proceso se lo debe comprender como el continente y al procedimiento como el contenido.

El tercer concepto que es de interés porque también suele ser utilizado como sinónimo de proceso es **juicio**. El Diccionario Jurídico de la Real Academia de la lengua española, define al juicio como el “Acto procesal que tiene por objeto la práctica de las pruebas que requieren inmediación, cerrándose con la exposición de las conclusiones finales de las partes” (Diccionario Jurídico de la Real Academia de Lengua Española, 2019).

Según Carnelutti el juicio es un medio para solucionar controversias entre las partes con la intervención de un funcionario jurisdiccional.

Casarino, por su parte define al juicio como una contienda jurídica a la que están sometidas las partes en búsqueda del fallo del tribunal.

Con la distinción de estos tres conceptos, se puede aseverar que el fin último del proceso en palabras de Camacho se refleja, por una parte, en el interés del individuo que busca tutela y por otra, en el interés de la comunidad que busca que la justicia, seguridad social, paz y orden público consagrados en el ordenamiento se efectivicen en la práctica.

Ahora, una vez aclarados estos conceptos compete referirse al **derecho de acción**. Del estudio realizado por el abogado Ulloa Pedro, se puede observar que 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, que se subdivide en dos tendencias: teorías concretas y teorías abstractas, las teorías concretas tienen dos grandes escuelas: alemana e italiana; mientras que, las teorías abstractas presentan diferentes postulados dependiendo la perspectiva de su autor sobre la verdadera naturaleza de la acción.

A causa de que el derecho de acción desde el punto de vista procesal, es consecuencia de la relación jurídico– procesal, el ejercicio del derecho de acción da inicio al proceso, por lo tanto, es el fundamento del derecho procesal. Entendiendo que el derecho procesal en palabras de Camacho es el medio para la aplicación del derecho material que busca la conservación de la paz, la armonía y la seguridad social, con el fin de evitar que se haga justicia por mano propia.

Desde otra perspectiva, para Couture, la acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 2014). Con este concepto se entiende que el

autor se refiere a la facultad de los individuos de poner en actividad la rama jurisdiccional iniciando así un proceso, considerándolo como un atributo de la personalidad del ser humano.

Igualmente, destaca la importancia de la acción como un derecho constitucional, concibiéndola como uno de los derechos cívicos inherentes al ser humano, y si una Ley priva este derecho sería inconstitucional. Este punto es necesario tener presente en los siguientes capítulos en donde se analizará si la regulación de la figura del abandono procesal en el Ecuador es correcta.

Couture, coincide con Carnelutti y Rocco, al pensar que la acción es un derecho autónomo, abstracto y público con la diferencia de que no es derecho subjetivo sino un atributo de la personalidad inherente al ser humano que no puede ser negado.

Adicionalmente, Devis Echandía, aclara la idea de Couture y explica que cuando se refiere al poder jurídico habla del derecho de petición, que vendría a ser el género, mientras que la acción, es la especie y supone que debería ser considerada un derecho público subjetivo; brindando una definición completa, expone que 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).

El autor, explica con claridad que el propósito de la acción es la obtención de una sentencia y establece diferentes fines por los cuales se interpone la acción en razón de la más variada clasificación de procesos según la pretensión que persiguen.

Chiovenda, creador de la escuela italiana, señala 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).

Para Rocco, 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).

Estos conceptos son adecuados pues están relacionados con la noción de las teorías predominantes actualmente, puesto que no toman en consideración la titularidad ni la existencia del derecho material.

En el sistema procesal ecuatoriano se recoge los postulados de la teoría abstracta de la acción, Por lo tanto, considera 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.

Ahora, es oportuno aclarar el concepto de **pretensión** pues se lo suele confundir con la acción a pesar de que tienen distinta fuente, objeto y finalidades.

El Diccionario Jurídico de la Real Academia de la lengua española, conceptualiza a la pretensión como “el objeto de una acción procesal que se concreta en la demanda que formula el actor ante el correspondiente órgano jurisdiccional. Es también equivalente a petición dirigida al órgano judicial, que se materializa en la demanda frente a una persona determinada”. (Diccionario Jurídico de la Real Academia de Lengua Española, 2019).

Camacho, precisa que 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, Manual de derecho procesal , 2016). Además, señala que la pretensión es una institución que nace en el derecho procesal tras el avance de las teorías del derecho de acción, especialmente dentro de las teorías abstractas.

Para Devis Echandía, la pretensión 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, 1966).

Adicionalmente, Carnelutti realiza un análisis sobre la diferencia entre la pretensión con la acción: primero, la acción es el derecho de proponer una actividad de un funcionario jurisdiccional, y la pretensión es la subordinación de un interés ajeno al propio. Segundo, la acción es un derecho subjetivo, y la pretensión en un acto jurídico. Tercero, la acción busca que en sentencia que resuelva el litigio, mientras que la pretensión busca obtener un pronunciamiento que favorezca al accionante. Y por último, la acción es ejercida por el demandante en contra del juez, entretanto la pretensión es ejercida por el demandante y dirigida a la contraparte (Carnelutti, 1944).

1.2 Fundamentación teórica y doctrinaria del abandono procesal

Es esencial en el presente trabajo de investigación definir el abandono, pues el estudio versa sobre esta figura, para ello, se debe considerar que en la Doctrina también se lo conoce como caducidad de la instancia o perención.

En palabras de Azula Camacho Jaime (2016), la perención, es un vocablo que proviene del latín *perimere*, *peremptum*, que significa extinguir, destruir, anular. En su acepción natural equivaldría a la extinción del proceso; se lo puede concebir como uno de los modos anormales de terminación del proceso, en virtud de la inactividad de éste durante cierto tiempo, circunstancia ocasionada por la conducta pasiva del actor y, tiene por objeto responder a un principio de economía procesal y de certeza jurídica, para promover la terminación plena del proceso.

El tratadista Chiovenda Giuseppe, lo denomina caducidad y manifiesta: “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)

Por su parte, Alsina Hugo afirma: “el proceso se extingue, entonces, por el solo transcurso del tiempo cuando los litigantes no instan su prosecución dentro de los plazos establecidos por la ley. Este modo anormal de extinción se designa con el nombre de perención o caducidad de la instancia” (Alsina, 1961). Este concepto se refiere únicamente a la pérdida que se da del procedimiento al momento de declararse el abandono a la causa porque las partes interesadas han dejado de tramitarlo por el tiempo establecido en la ley.

Alessandri, asevera que: “el abandono de la instancia produce 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, pero no extingue las acciones y excepciones de las partes, como ocurre con el desistimiento de la demanda” (Alessandri, 1998). El autor menciona que el abandono de instancia se refiere solo a la pérdida de consecución de la causa, mas no a la renuncia al derecho que se considera vulnerado y por el cual se acudió al órgano jurisdiccional para ser exigido distinguiéndolo notoriamente del desistimiento.

De manera análoga, Chiovenda expresa que: “la caducidad es un modo de extinguirse la relación procesal, que tiene lugar al transcurrir un cierto periodo de tiempo en estado de inactividad. No extingue la acción sino hace nulo el procedimiento, esto es, extingue el proceso con todos sus efectos procesales y substanciales”. (Chiovenda, 1954).

Como se observa ambos tratadistas distinguen claramente el hecho de que el abandono o caducidad de instancia no representa una pérdida de la acción sino únicamente del procedimiento, situación que lamentablemente los legisladores ecuatorianos confunden y desarrollan una normativa contraria a la lógica de la Doctrina, y esto lo explica Osorio de manera detallada:

“Abandono de la acción.- facultad de quien ha promovido una acción judicial para no continuarla. Si este abandono se manifiesta expresamente, se llama desistimiento, y si se hace de manera tácita, no instando el procedimiento para que la acción prescriba, se lo llama perención. En el abandono de la instancia, el actor puede abandonar la instancia renunciando deliberadamente a continuar el

procedimiento por el iniciado, sin perjuicio de reservarse, si así lo conviniere, su derecho a renovar la demanda en otro juicio, caso en el cual se entenderá que ha hecho abandono de la pretensión procesal, pero no de su pretensión jurídica. Puede haber abandono tácito cuando el actor deja de instar el procedimiento por descuido o negligencia o por determinación consciente, a fin de que su pasividad produzca la caducidad o perención de la instancia. El demandado podrá abandonar la reconvencción que hubiere formulado o apartarse del procedimiento o dejar que se le pasen sin actuar ciertos términos procesales pero su actitud no implica abandono de la instancia, porque el juicio se mantiene mientras no sea el actor quien lo abandone” (Ossorio, 1973).

Adicionalmente, el tratadista menciona que el abandono consiste en:

“efecto de dejar o aislar personas o cosas, que comprende derechos y obligaciones, pero hay una excepción en lo que refiere a derechos que por su naturaleza son irrenunciables, que puede ocasionar sanciones penales o civiles en contra del abandonante, la gran diferencia radica cuando se trata de derechos o cosas que no son irrenunciables (Ossorio 2006).

Este concepto destaca el hecho de que la figura del abandono procesal no recae sobre derechos irrenunciables como lo son los vinculados a procesos de alimentos, ni a temas laborales; éstos últimos recientemente con la Ley Orgánica Reformatoria, a diferencia de cuando se trata del abandono de cosas o personas.

Una vez referidas las nociones de varios autores, se puede concluir que el abandono es una figura jurídica prevista en la ley, que extingue la relación procesal por inactividad de las partes procesales dentro de los términos previstos para la prosecución de la causa, obteniendo el fin del proceso sin afectar la pretensión o excepciones propuestas.

Por su parte con respecto a la naturaleza jurídica del abandono, representa una forma anormal de terminar el proceso puesto que extingue la relación jurídica procesal en virtud de la inactividad de los sujetos procesales, mediante auto firme que simplemente impide la continuación del mismo y no por medio de una sentencia represente una solución real del conflicto.

En relación a los elementos del abandono se distinguen:

El elemento **subjetivo**, son las partes, tanto el actor como el demandado y pueden ser una persona natural o jurídica, pública o privada. El actor es quien inicia la demanda con el propósito de darla a trámite para obtener una sentencia, pero si por dejadez, desinterés, etc., no impulsa la causa, provoca que el proceso caiga en abandono. No obstante, el demandado, puede practicar las diligencias que crea necesarias aun cuando la otra parte permanezca inactiva y con su actuación el abandono no se produce. Por lo tanto, si ninguna de las partes actúa en el tiempo que indica la ley, se entiende que no tienen interés en que el proceso continúe y existe una especie de acuerdo tácito para cesar el proceso en consecuencia, como sanción se da la pérdida de ejercicio del derecho.

El elemento **objetivo** es el tiempo fijado por la ley dentro del cual las partes deben actuar, el Código de Procedimiento Civil establecía dieciocho meses, actualmente el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) actualmente reformado establece 6 meses.

Adicionalmente, se podría considerar como un tercer elemento al órgano jurisdiccional, en la persona de los jueces y juezas, al ser quienes ejercen la potestad pública y se encargan de la dirección del proceso con la obligación de resolver las causas dentro del tiempo que señala la ley

y cumplir con principios como el dispositivo, de celeridad, concentración, debido proceso, entre otros; siendo responsables administrativa, civil y penalmente cuando el abandono es consecuencia de su negligencia, según los artículos 20 y 139 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CAPITULO II: LEY ORGÁNICA REFORMATORIA DEL COGEP

2.1 Análisis comparativo del COGEP antes y después de la Ley Orgánica

Reformatoria

En el año 2016 entra en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, para cumplir lo establece la Constitución de la República, específicamente en su artículo 168 numeral 6 que manda: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Al entrar en vigencia el COGEP, reemplaza al Código de Procedimiento Civil, cambiando varios puntos que contenía este Código, entre los más trascendentes lo referente al Abandono de causas que se encuentra regulado dentro de los artículos 245 al 249 e instaura un sistema que busca la agilización de los procedimientos judiciales y el correcto funcionamiento de la administración de justicia, implementando la oralidad procesal para todas las materias en el ámbito civil.

Posteriormente, por regular esta figura en cinco artículos de manera confusa y contraria a lo que establece la Doctrina, la Legislación comparada y lo que presentaba el Código de Procedimiento Civil, los legisladores vieron la necesidad de expedir una Resolución, ésta es la No. 07-2015 del 09 de julio de 2015 y al resultar insuficiente, el 25 de junio de 2019 se implementó Ley Orgánica Reformativa al COGEP, con el fin de cubrir los vacíos que dejaba en la práctica del Derecho el

COGEP respecto al Abandono procesal y otras figuras, pues dentro de la propia Ley, los Asambleístas reconocen la existencia de falencias y vacíos legales que deben ser resueltos.

En base a lo mencionado, a continuación se realizará un análisis respecto a la procedencia, improcedencia y efectos del abandono tras la implementación de la Ley Orgánica Reformatoria, en adelante también LORCOGEP.

2.2 Procedencia e Improcedencia del Abandono Procesal

Procedencia del Abandono Procesal

Respecto a la Procedencia, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 245 señalaba:

“Procedencia.- La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días, contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Mientras tanto, el Artículo 34 de la LORCOGEP indica que se sustituya el artículo 245 por el siguiente texto:

“Artículo 245. Procedencia.- La o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el plazo de seis meses contados desde el día siguiente de la notificación de la última providencia dictada y recaída en alguna gestión útil para dar curso

progresivo a los autos o desde el día siguiente al de la actuación procesal ordenada en dicha providencia. Este plazo se contará conforme al artículo 33 del Código Civil. No se podrá declarar el abandono, transcurrido el plazo fijado en el inciso anterior, cuando se encuentre pendiente el despacho de escritos por parte del juzgador." (Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, 2019).

En otras palabras, al señalarse que se podrá declarar el abandono cuando “todas las partes que figuran en el proceso hubieran cesado en la prosecución del mismo”, se entendería que si una de las partes continúa con la prosecución del juicio no cabe la declaración del abandono, sin embargo, nada se ha indicado sobre qué debe entenderse por “cesación de la prosecución” del juicio, manteniendo un vacío legal al respecto.

Sobre el tiempo, existe un cambio sustancial, de los 80 días término que establecía el COGEP, actualmente se fija un plazo de seis meses, es valioso distinguir que el COGEP se refería a término; es decir, se calculan únicamente los días hábiles para computar el período en el que opera la caducidad, tal como establece el artículo 73 del mismo cuerpo legal. Este cambio, representa un avance puesto que el plazo anterior era demasiado corto, y no respondía a ningún criterio ni doctrinario ni práctico para ser ejercido.

Actualmente, en cuanto al cálculo a más “del día siguiente de la notificación de la última providencia recaída en alguna gestión útil” que presentaba el COGEP, también se puede considerar “desde el día siguiente al de la actuación procesal ordenada en dicha providencia (...) no se podrá declarar el abandono, transcurrido el plazo fijado en el inciso anterior, cuando se encuentre

pendiente el despacho de escritos por parte del juzgado”. (Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, 2019). Al respecto, Néstor Arbito Chica, ex Vocal del Consejo de la Judicatura, explica en una carta enviada al Colegio de Abogados del Pichincha (2015), con un razonamiento bastante lógico, que esta norma es aplicable cuando existe inactividad de las partes procesales dentro del proceso durante el tiempo establecido, pero en caso de que se encuentre pendiente alguna actuación judicial no podrá declararse el abandono de la causa, puesto que no dependería de las partes sino del juez.

Por su parte, acerca del cómputo para el abandono, establecido en el artículo 246 del COGEP que expone: “El término para el abandono contará desde el día siguiente de la última notificación de la última providencia dictada o si es el caso, desde el día siguiente al de la última actuación procesal” (Código Orgánico General de Procesos, 2016), nada ha cambiado, pues no ha sido tratado en la LORCOGEP, lo que es lamentable pues tal como está regulado no se permite a las partes realizar actuaciones que impidan que sea declarado el abandono al señalar que el tiempo se computa desde la “última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos” o “última actuación procesal”. Además, la norma no señala qué debe entenderse por: “providencias que podrían considerarse como gestión útil” ni “actuación judicial” y pese a que se las pudiera entender como aquellas donde intervienen los administradores de justicia, de ser así, se eliminaría la posibilidad de considerar para el cálculo las solicitudes presentadas por las partes, así lo manifiesta el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 139 donde al referirse al impuso del proceso en su inciso segundo expresa:

“Si se declarara el abandono de una causa o de un recurso por no haberse proseguido el trámite por el tiempo que señala la ley, como consecuencia de la incuria probada de las juezas o los

jueces, y demás servidores y funcionarios que conocían de los mismos, éstos serán administrativa, civil y penalmente responsables, de conformidad con la ley” (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009).

Ahora bien, a continuación es necesario de mencionar que el artículo 246 habla de *término* mientras que artículo 245 reformado, indica un *plazo* de seis meses, situación que podría acarrear confusiones en la práctica del Derecho, al momento de efectuar el cómputo pertinente para la declaración del Abandono procesal.

Improcedencia del Abandono Procesal

En cuanto a la improcedencia de esta figura, el artículo 247 de la norma en mención indicaba:

“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.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Actualmente, la Ley Orgánica Reformatoria del COGEP añade como causas de improcedencia las siguientes: “en las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores, en los procesos de carácter voluntario y en las acciones subjetivas contenciosas administrativas” (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019), a continuación se realiza un breve análisis de las mismas:

1. Causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces:

La Corte Nacional de Justicia a través de la Resolución No. 04 del año 2018, se pronuncia sobre la regulación del abandono procesal y su procedimiento, refiriéndose al artículo 87 del COGEP que regula los efectos jurídicos a los que se someten las partes por la falta de comparecencia a la audiencia única, señalando lo que su primer numeral manda: “Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono”, (Código Orgánico General de Procesos, 2016), empero ratifica los casos donde la figura del abandono no aplica, para lo cual cita el artículo 247 numeral 1 del COGEP, que se refiere a las causas que involucran niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad, expresando literalmente que resultaría “improcedente declarar el abandono por falta de comparecencia a las audiencias en los procesos de alimentos” (Resolución 004, 2018). Además, considera que representan un grupo vulnerable, de atención prioritaria consagrado en la Constitución de la República 2008 y a fin de cumplir el Principio del Interés Superior del Niño e Instrumentos Internacionales señala: “es necesario definir con claridad el efecto jurídico y las consecuencias que se generan en razón de la no comparecencia de las partes a la audiencia única del procedimiento sumario, en el que se sustancia las reclamaciones de alimentos” (Resolución 004, 2018); resuelve:

“Art. 1.- En los procesos sumarios cuya pretensión principal sea la fijación de pensión alimenticia de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, la inasistencia a la audiencia única de el o la accionante o de ninguna de las partes, obligará a la o el juzgador competente, a emitir inmediatamente un auto interlocutorio ratificando la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda, la que se mantendrá vigente mientras no sea modificada.

Art. 2.- La resolución a la que se refiere el artículo anterior, sólo será revisable mediante incidente de aumento o disminución de la pensión de alimentos, o por caducidad del derecho de conformidad con la ley” (Resolución 004, 2018).

En el mismo sentido, la Resolución No. 7 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 539 del 09 de julio de 2015, en su artículo 4 ratifica las causas en las que no aplica el abandono: en las que se encuentren involucrados los derechos de las niñas, niños, adolescentes e incapaces estableciendo literalmente:

“Art. 4.- No procede el abandono en las causas en que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes u otras personas naturales consideradas jurídicamente incapaces”. (Resolución No. 07, 2015)

Adicionalmente, en su artículo 5 establece que no es responsabilidad del juzgador impulsar el proceso, sino son las partes quienes deben hacerlo señalando: “Art. 5.- El impulso del proceso corresponde a las partes y la omisión de esta carga procesal no es atribuible a la o el juzgador” (Resolución No. 07, 2015)

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia N.º 008-16-SCN-CC, del 05 de octubre de 2016, realiza una interpretación del artículo 247 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos y también enfatiza que el artículo cuando se refiere a “incapaces” habla exclusivamente de personas naturales, excluyendo a las personas jurídicas de los casos de improcedencia y manifiesta: “(...) Se ha de entender que la excepción contemplada en el numeral 1 del artículo 247

del Código Orgánico General por Procesos, en relación a los incapaces opera respecto de personas naturales” (Sentencia N.º 008-16-SCN-CC, 2016).

2. Cuando las o los actores sean las instituciones del Estado.

Inicialmente, se debe dilucidar que se consideran instituciones del Estado las que señala el artículo 225 en la Constitución de la República del Ecuador 2008:

“Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

“Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ídem, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 301 indica:

“(…) se entenderá que forman parte de la administración pública todos aquellos organismos señalados en la Constitución. La administración tributaria está integrada por la administración central, la de los gobiernos autónomos descentralizados y las especiales o de excepción. Están sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa también las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, por las acciones

u omisiones que ocasionen daños en virtud del servicio concesionado o delegado” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Complementariamente, la Sentencia N.º 008-16-SCN-CC, del 05 de octubre de 2016 emitida por la Corte Constitucional señala:

“En los procesos en los cuales se ven inmersas entidades públicas no opera el abandono, considerando que a través de sus actividades se precautela el bien común de los ciudadanos, aquello deviene en una medida proporcional para garantizar el bienestar del conglomerado social; más aun considerando que tanto el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, como el artículo 247 numeral 2 del COGEP, contemplan esta excepcionalidad, señalando de forma expresa que este abandono no opera cuando las o los actores sean las instituciones del Estado.

En cuanto a las personas jurídicas de derecho privado, no se encuentra un justificativo constitucional que permita evidenciar la aplicación conforme a la Constitución de la excepcionalidad especificada en el artículo 247 numeral 1 del COGEP, puesto que la aplicación de esta excepcionalidad a este tipo de personas más bien implicaría un trato diferenciado, injustificado en relación a las personas naturales en cuanto al ejercicio de sus derechos dentro de un proceso” (Sentencia N.º 008-16-SCN-CC, 2016).

“Por lo antes expuesto, se puede establecer que las normas que permiten que opere el abandono, no vulneran el derecho a la defensa de las personas jurídicas puesto que a lo largo del proceso se garantizarán todos los derechos de estas instituciones, encontrándose las excepciones claramente y expresamente determinadas.” (Sentencia N.º 008-16-SCN-CC, 2016).

Con lo referido, se esclarece por qué no procede el abandono cuando el actor sea una institución del Estado, concluyendo que esta excepción no transgrede el Principio de igualdad ante la ley, sino de cierta forma protege el interés de los particulares involucrados como parte de un proceso.

3. En la etapa de ejecución

El fundamento de esta excepción, radica en el hecho de que las obligaciones contenidas en un título de ejecución, ya han sido previamente conocidas en un proceso en el cual se ha sustanciado y resuelto los asuntos contenciosos, en otras palabras, en la etapa de ejecución el derecho ya está declarado, ya existe cosa juzgada y solo necesita efectivizarse, cumpliendo con el derecho a la tutela judicial mediante el acatamiento de la sentencia.

La Corte Constitucional en la Sentencia N.º 211-17-SEP-CC revela: “si bien es pertinente que exista la facultad del juez para declarar el abandono de la causa, esta no puede ser ejercida en cualquier momento del proceso”. (Sentencia N.º 211-17-SEP-CC , 2017). Este fallo surge a consecuencia de que en el Código de Procedimiento Civil, no se contemplaba al abandono en etapa de ejecución como caso de improcedencia, por ello fue ineludible regular este aspecto mediante una jurisprudencia de carácter vinculante.

4. Las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores

Esta causal es nueva, ha sido incorporada de manera acertada por la LORCOGEP respondiendo al hecho de que los derechos laborales gozan de rango constitucional según el artículo 33 de la Carta Magna que señala:

“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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Los derechos de los trabajadores por su naturaleza son irrenunciables, así lo contempla el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República que dispone: “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En igual sentido, el Código del Trabajo en su artículo 4 se refiere a la irrenunciabilidad de derechos y señala que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, pues todo pacto en contrario será nulo.

Por su parte, los jueces de la Corte Constitucional dentro del Caso N° 0002-19-OP, se pronuncian acerca del asunto en los siguientes términos:

“(…) esta Corte Constitucional estima que desde el método teleológico previsto en el artículo 3 numero 6 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que estable que: “Las normas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”, se desprende que la razón para legislar, la *ratio legis* de esta reconfiguración de las causas en las que no procede el abandono, en específico en la inclusión de nuevos procesos, como es el caso de las causas en las que estén involucrados los derechos de adultos mayores y de las personas con discapacidad, los derechos laborales de los trabajadores, los procesos de carácter voluntario y las acciones contenciosas administrativas subjetivas, dado que contienen intereses constitucionalmente relevantes, derivados de las relaciones jurídicas generalmente “asimétricas” de las que surgen estos conflictos y controversias, se encuentra justificado” (Caso N°. 0002-2019-OP, 2019).

Es por esta razón, que el Estado al ser el encargado de brindar protección y salvaguardar los derechos de los trabajadores, tiene la obligación de garantizar su respeto y eficacia; por ello, apreciando su trascendencia requerían de manera urgente ser incluidos en el artículo 247 del COGEP para evitar que se continúe vulnerando este derecho como ocurría antes de la Reforma.

5. En los procesos de carácter voluntario

Los procedimientos voluntarios, se encuentran regulados en el artículo 334 del COGEP que indica cuáles se considerarán como tales y tienen competencia exclusiva de los juzgadores:

“1. Pago por consignación. 2. Rendición de cuentas, 3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes. 4. Inventario, en casos previstos. 5. Partición. 6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustancian en este procedimiento los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Se entendería entonces que el legislador cuenta con un gran margen de discrecionalidad para decidir cuándo es improcedente declarar el abandono, conforme al artículo 336 del COGEP, que alude respecto la oposición en los procesos voluntarios manifestando:

“Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia. La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda. La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda. En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia” (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

En otras palabras, es procedente la declaratoria de abandono una vez que el procedimiento voluntario se transforma en sumario.

6. En las acciones subjetivas contenciosas administrativas

En esta causal, es necesario primero mencionar a qué se refiere la materia contenciosa administrativa, de suerte que, se cita a la doctora Durán Elena que su obra titulada “Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador” publicada en el 2010 comunica:

“La doctrina considera a lo contencioso administrativo como el conflicto que se suscita entre la Administración y los particulares que, en sede judicial, discuten la eficacia jurídico-legal de un acto o resolución emanados del poder público, que ha causado estado. Se dice que ha causado estado cuando un acto o resolución no son modificables en sede administrativa o se han agotado, facultativamente, los recursos tendientes a su modificación. Estas pretensiones, en materia contencioso administrativa pretenden obtener una decisión final del órgano judicial competente y la tutela efectiva de un derecho violado” (Durán, 2010)

En concordancia, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establecía:

“Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos” (Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 2014).

En palabras de la doctora Durán Elena (2010):

“Según estas normas, el recurso contencioso administrativo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate, se remite al recurso de plena jurisdicción o subjetivo y, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, se remite al recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducirlo, solicitando al Tribunal la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal” (Durán, 2010).

En el mismo sentido, el artículo 3 de misma ley, indicaba las clases en las que se divide el recurso contencioso- administrativo y son: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo, conceptualizando al recurso de plena jurisdicción o subjetivo como aquel que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

Adicionalmente, la Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 196, dispone:

“Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones o instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”, norma imperativa que instrumenta la justiciabilidad de los actos administrativos mediante los recursos antes indicados” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Respecto al Recurso de plena jurisdicción o subjetivo que compete a la causal en desarrollo, la doctora Durán Elena (2010) señala que su fundamento es la lesión de un derecho subjetivo por el

cual se persigue el reconocimiento de una situación jurídica frente al abuso por parte de la administración; tiene relación con toda clase de lesión a los derechos subjetivos y, se remite a cuestiones patrimoniales, contratos o responsabilidad de la administración., señalando que:

“Se denomina de plena jurisdicción porque el juez que lo conoce actúa con plenos poderes que le permiten no sólo declarar ilegal el acto administrativo sino también cesarlo e inclusive adoptar las medidas de reparación del daño causado por la violación. Puede demandarse el amparo de un derecho subjetivo aunque el acto impugnado sea de carácter general (...), considerando que el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, tutela el derecho subjetivo de una persona, reconocido por el ordenamiento jurídico en su más amplia manifestación: reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública. El efecto de la sentencia pronunciada es esta clase de recurso es interpartes. (...) este recurso puede deducirse para impugnar no sólo actos y resoluciones de carácter individual, sino también, de carácter general cuando éstas violan derechos subjetivos del recurrente, en cuyo caso el juez está facultado para adoptar las medidas pertinentes para cesar el efecto particular que se ha cuestionado, sin atacar el contenido general de la resolución impugnada. Con esta clase de recurso puede demandarse la ilegalidad o su declaratoria de nulidad, pero este último únicamente en los casos señalados en la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influya en la decisión.

La diferencia entre ilegalidad y nulidad radica en que en el primer caso, al ser declarada, el acto administrativo que existió, pierde todos sus caracteres jurídicos y en el segundo caso, se lo tiene como no inexistente. En la práctica, la invocación de ilegalidad o nulidad, generalmente comporta la extinción del término legal que la ley concede para su interposición, considerando que el trámite para los dos es común y que los requisitos para su presentación son también comunes”. (Durán, 2010).

Es imperioso aclarar que actualmente, tras la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el mes de mayo de 2016, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha sido derogada y el cuerpo normativo vigente en su artículo 326 numeral uno indica cuáles son las acciones subjetivas que se tramitarán en el procedimiento contencioso administrativo:

“1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos” (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

Igualmente, el Código Orgánico Administrativo también conocido como COA, en su artículo 106, se refiere a la declaración de nulidad señalando:

“Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión. La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo. La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente”. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Con estos antecedentes, es posible afirmar que por una parte, es acertada la decisión de los legisladores de incluir las acciones subjetivas contenciosas administrativas a los casos de improcedencia del abandono procesal por el interés general que provoca mantener un acto del cual se discute su validez o que se considera nulo pues si se declara el abandono significa que el Tribunal

Contencioso no hizo control de legalidad necesario de ese acto y consecuentemente la administración de justicia tendría que soportarlo en la vida jurídica por ende, el particular sería doblemente vulnerado por parte de la administración pública, primero con el acto nulo y luego con la declaratoria de abandono impidiéndole volver a demandar.

Por el contrario, el Tribunal Contencioso Administrativo al no poder declarar el abandono de este tipo de acciones estaría obligado a mantener procesos judiciales indefinidamente activos, generando una carga procesal excesiva a pesar de que actualmente, los Tribunales ya están colapsados vulnerando así principios como celeridad, certeza y economía procesal que teóricamente se intentan salvaguardar.

2.3 Efectos del Abandono Procesal

El desarrollo de este punto, es esencial dentro del presente trabajo de investigación visto que, los efectos que producía la declaratoria del abandono según el Código Orgánico General de Procesos regulados en el artículo 249 que expresaba:

“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 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” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Fueron uno de los principales temas a considerarse al realizar la Ley Orgánica Reformatoria de la mencionada norma, tanto así que dentro del Proyecto de la LORCOGEP enviado el 27 de enero de

2017 a la Asambleísta Rosana Alvarado como primera Vicepresidenta en ejercicio de la Presidencia de la Asamblea Nacional, el doctor Miguel Ángel Moreta Panchez, en la exposición de motivos señaló:

“No obstante y pese a los indudables beneficios que trae el Código Orgánico General de Procesos, existen una serie de disposiciones que merecen ser revisadas, analizadas, discutidas y reformadas. Así, es necesario abordar y debatir temas trascendentales como la recusación, el abandono, (...)” (Moreta, 2017)

“Una de las instituciones que más graves problemas está causando a la ciudadanía es el abandono procesal, que constituye una forma de terminación extraordinaria del proceso, institución que comenzó su vigencia desde que el Código fue publicado en el Registro Oficial de conformidad a lo ordenado por la disposición General Segunda de este cuerpo normativo. Sin embargo, en diversas judicaturas se ha observado que son cientos de causas y en todas las materias, que debido a las nuevas reglas del abandono, los litigantes han perdido juicios por esta causa provocando verdaderos dramas humanos, ya que en múltiples ocasiones en los procesos judiciales se litigan miles e incluso millones de dólares” (Moreta, 2017)

Además, el Asambleísta Moreta enfatiza que:

“Es deber ineludible de la Asamblea Nacional corregir disposiciones que no se adecuan al Estado de derecho y justicia proclamado por el Artículo 1 de la Constitución de la República. Que, varios artículos del Código Orgánico General de Procesos han provocado una seria de problemas y conflicto en el que son necesarios reformarlos a fin de garantizar los derechos de los usuarios de la administración de justicia, y que es necesario contar con una normativa procesal diseñada para precautelar y salvaguardar los derechos de los ciudadanos”. (Moreta, 2017)

Ulteriormente, el 18 de junio de 2018 en el Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, emitido por la Comisión encargada se mencionó respecto a la declaración del abandono que:

“El ex asambleísta Miguel Ángel Moreta, dentro de su proyecto de ley reformatoria, establece varios cambios a los artículos 245, 247, 248 y 249 del COGEP relacionados con el abandono de las causas (...). El catedrático Fabián Jaramillo propone que la declaratoria de abandono se cuente en meses conforme señala el artículo 33 del Código Civil que establece:

“Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo. El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de veintiocho, veintinueve, treinta o treinta y un días, y el plazo de un año de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días, según los casos.” (Código Civil, 2005). Con la finalidad de evitar interpretaciones respecto a los que fueron hábiles y los que no lo fueron. Cabe recalcar que conforme la jurisprudencia comprada en Colombia, el desistimiento tácito opera cuando un proceso en cualquiera de sus etapas, se encuentra inactivo por un año y cuando un proceso en etapa de ejecución se encuentra inactivo por dos años.

También cuando una parte procesal no haya cumplido una carga procesal o un acto que debía hacer, para lo cual el juez concederá 30 días de persistir tal conducta, el juez declarará el desistimiento tácito. Una vez declarado el desistimiento por primera vez, el demandante puede iniciar una nueva demanda después de seis meses contados a partir de la providencia que lo declaró.

Actualmente, en el Ecuador los efectos de la declaración del abandono en la primera instancia es la que el accionante no pueda interponer nueva demanda conforme el artículo 249 del COGEP, lo que

constituye una grave limitación al derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en la Constitución de la República en su artículo 75 que manda:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Y, genera que el derecho sustantivo reclamado como pretensión a través de la demanda, a futuro no sea exigible judicialmente.

En materia constitucional, se limita al ciudadano a acudir a los órganos judiciales a presentar una nueva demanda es decir, se le limita el ejercicio de su derecho de acción y consecuentemente su tutela judicial efectiva (...).

Como podemos observar, en otras legislaciones no se genera sanción igual, a la de norma procesal establecida en el COGEP; además, solo opera bajo presupuestos más rigurosos que los fijados en nuestra ley, ya sea en cuanto al tiempo necesario para que opere o en la reiteración de la conducta del abandono; razón por la cual, los miembros de la Comisión han visto necesario la incorporación de dichas reformas, respecto al tratamiento del abandono y sus efectos, permitiendo que se presente una nueva demanda transcurrido un tiempo desde que se declaró el abandono”. (Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2018).

Acto seguido, el 16 de octubre de 2018, fue aprobado el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del COGEP por la Asamblea Nacional indicando en su artículo 37 que se sustituya el artículo 249 por el siguiente texto:

“Artículo.- 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 declara 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” (Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, 2019).

El 14 de noviembre de 2018, el artículo fue objetado por el Presidente de la República Moreno Garcés Lenín, alegando que:

“Una vez declarado el abandono de una causa, no cabe procesalmente que se pueda presentar una nueva demanda. Aquello contraría la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa. (...) Además, contaría la buena fe y lealtad procesal (...). La propuesta efectuada violenta la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa de los señalados artículos 82y 76 de la Constitución”. (Objeción Parcial por Inconstitucionalidad, 2018).

Consecuentemente, la Asamblea Nacional apertura el caso N° 0002-19-OP debido a la objeción presidencial por inconstitucionalidad, la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce al ser sorteada y electa como ponente, avoca conocimiento y llama a audiencia pública para el día 27 de febrero de 2019. Posteriormente, los Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador se pronuncian y en los fundamentos de su dictamen indican:

“El ejecutivo establece que la posibilidad de presentarse una nueva demanda aun cuando se ha declarado el abandono afecta la buena fe, cosa juzgada y lealtad procesal, así como contraviene lo derechos al debido proceso y la seguridad jurídica.

El legislativo establece que el efecto del abandono, en cuanto no se puede volver a presentar la demanda es excesivamente gravoso, debiendo reformarse, ya que constituye una grave limitación al derecho a la tutela judicial efectiva, al impedir que el derecho sustantivo reclamando no pueda ser exigible en el futuro.

El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal expone que la reforma asegura la tutela judicial efectiva, y que no hay razón para sostener que una vez declarado el abandono es constitucional no volver a proponer la demanda. Lo contrario no poder hacerlo, atenta directamente contra el derecho de acceso a la justicia.

Esta Corte Constitucional aprecia que la reforma al establecer una oportunidad para que el demandante presente nuevamente su demanda en el plazo de 6 meses, si se ha declarado el abandono en primera instancia por primera vez, impidiéndole hacerlo si se declara el abandono en una segunda ocasión, ratifica el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 75 de la Constitución. En esta línea, la Corte Constitucional estima que la reforma coadyuva a la seguridad jurídica estableciendo el alcance y efectos que esta institución del derecho procesal, como es el abandono, asunto que como parte de la regulación sobre las formas de terminación de los procesos, corresponde al legislador dentro del marco constitucional.

En tal virtud, en la forma que ha sido planteada por el Ejecutivo, no procede la objeción por inconstitucionalidad a la reforma, siendo una regulación procedimental legalmente configurable” (Caso N°. 0002-2019-OP, 2019).

Con todo lo expuesto, se aclara el panorama del porqué era necesaria una reforma respecto a los efectos abandono procesal. Sin embargo, a continuación es necesario examinar si la regulación actual es correcta y completa.

Según el artículo 249 del COGEP, el primer efecto cuando se ha declarado el abandono, se refiere a la cancelación de las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso, este efecto se ha mantenido con justa razón desde el Código de Procedimiento Civil.

Las providencias preventivas, se encuentran reguladas en el artículo 124 del COGEP, pueden solicitarse antes de la presentación de la demanda y dentro del proceso, del mismo modo, podrán ser ordenadas en un procedimiento ejecutivo, tal como lo establece el artículo 351 del mismo cuerpo normativo, cuando se acompañe a la demanda los certificados que acreditan la propiedad de los bienes del demandado.

Su objetivo, radica en precautelar que el objeto sobre el cual se litiga o va litigar no se deteriore, destruya, oculte; para así asegurar el cumplimiento de la resolución consiguientemente, este efecto tiene su razón de ser en que declarado el abandono, por ser una forma anormal de terminar el proceso, no tendría sentido la subsistencia de las providencias preventivas, en virtud de lo cual el juzgador ordena su cancelación.

Inmediatamente, el artículo trata la declaración por primera vez en primera instancia y explica:

“El demandante podrá presentar una nueva demanda sobre las mismas pretensiones, después de seis meses contados a partir del auto que lo declaró”, advirtiendo que si vuelve a declarar el

abandono en la pretensión por segunda vez, se extinguirá el derecho y no podrá interponerse nueva demanda.” (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019).

Este efecto a diferencia del anterior cambia radicalmente puesto que, ahora sí se permite presentar una nueva demanda siempre que se cumpla con el tiempo señalado de 6 meses a partir de la declaración de abandono por primera vez, no obstante continúa limitando su interposición, al aludir que en si se declara el abandono por segunda vez ya no es posible insertar una nueva demanda por la misma pretensión.

Siendo así, se protege el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que tienen los ciudadanos y se garantiza la seguridad jurídica, que de conformidad al artículo 82 de la Constitución: “se funda en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); derechos que estaban siendo vulnerados en la práctica de la normativa anterior.

No obstante, es una solución alejada a la Doctrina y la legislación comparada, porque sigue provocando la extinción del derecho material pretendido en juicio de forma irreversible al restringir su interposición tras la declaración del abandono. En este contexto, es necesario recordar que el derecho de acción a más de ser la especie del derecho de petición, es un derecho constitucional que no puede ser privado de su ejercicio por una norma de carácter procesal como lo es el COGEP.

Finalmente el artículo señala:

“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”. (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019).

Primero, en la redacción del artículo dentro la LORCOGEP, mantienen el término “desistida” como sinónimo de “abandono” por el hecho de que ninguna de las dos figuras procesales permite volver a demandar, empero sus consecuencias jurídicas- procesales son totalmente diferentes y están reguladas de modo independientemente en el COGEP.

La actual reglamentación conserva el desequilibrio entre la legislación ecuatoriana y la Doctrina en general, situación que en la LORCOGEP debía ser mejorada y según se puede revisar no sucedió, tal como ya lo manifestó en su trabajo de titulación el abogado Ulloa Pedro:

“La doctrina es clara y precisa en el desarrollo de los postulados del derecho de acción. Como manifiesta Devis Echandía, 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” (Ulloa, 2019)

Así también, es preciso tomar en cuenta que las resoluciones de primera instancia serán recurribles en apelación, casación o de hecho, conforme lo prevé el COGEP en el inciso segundo del artículo 250; y específicamente sobre el recurso de apelación el artículo 256 reformado que menciona:

“(…) procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia” (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019)

Al respecto, en la Sentencia N°. C-153/95, la Corte Constitucional Colombiana se pronuncia por medio de su Magistrado el doctor Antonio Barrera Carbonell quien anuncia:

“(…) la doctrina admite que el recurso de apelación hace parte de la garantía general y universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa para obtener la tutela de un interés jurídico propio, con el fin de que el juez de grado superior revise y corrija los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a-quo” (Sentencia No. C-153/95., 1995). Se deduce entonces que, el objetivo de la parte recurrente es que los jueces de segunda instancia reexaminen los actos procesales realizados en la instancia anterior.

Aparte, en caso de que se declare el abandono de la segunda instancia, la sentencia de la primera tendrá fuerza de cosa juzgada, lo que representa que si se interpone un nuevo juicio con el mismo fondo, la parte accionada podrá excepcionarse en cosa juzgada que en palabras de Couture no es

sino: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen en contra medios de impugnación que permitan modificarla” (Couture, 2014); situación que representa una afectación al principio de doble instancia consagrado en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos Humanos que explica: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948); pues si se declara el abandono de la segunda instancia ya no se llevaría a cabo la revisión de la resolución de primera que ha sido recurrida por una parte procesal que considera que sus alegaciones no han sido bien apreciadas y pretende el remiendo de la instancia superior, dejando su derecho indefensión.

Consecutivamente, el artículo hace mención al recurso extraordinario de casación, cuyo fin es en palabras del doctor Cornejo José:

“Perseguir la correcta interpretación y aplicación del derecho objetivo, entendido como el conjunto de normas jurídicas que constituyen un ordenamiento jurídico, en donde a nivel sustantivo de acuerdo esta causal específica, la norma debe ser clara para entender su sentido, ya que no basta con la interpretación literal, debido a que esta interpretación puede ser oscura u ambigua, dando como resultado una incorrecta interpretación de la norma, y consecuentemente, una incorrecta aplicación de la misma. Por lo tanto, en tales situaciones el Juez tiene que recurrir a otros mecanismos procesales para encontrar el criterio de decisión. En resumen, el recurso de casación tiene por finalidad esencial el control jurídico de las resoluciones judiciales, con el propósito de lograr la correcta observancia y aplicación del derecho objetivo, buscando evitar la violación de la norma jurídica” (Cornejo, 2017).

Entre tanto, el efecto que se le otorga al abandono hallándose la causa en el recurso de casación conforme al artículo 249 reformado, es el mismo que al recurso de apelación, esto es que la resolución de segunda instancia quede firme. Por otro lado, este artículo ni por ser el pertinente, nada enuncia respecto de la declaración del abandono por inasistencia a la audiencia de conformidad con lo que manda el artículo 87 del COGEP, situación transcendental que merece ser desarrollada a profundidad en el siguiente capítulo.

CAPITULO III: PROBLEMAS DETECTADOS

3.1 Confusión teórico practica de los efectos del abandono con el desistimiento

La Doctrina ha aceptado diferentes formas de terminación de los procesos, el medio de terminación del proceso civil por excelencia es la sentencia pero, no menos importantes se encuentran en el grupo de los modos normales u ordinarios el laudo arbitral y el auto, puesto que en éstos, el órgano jurisdiccional cumple su deber de resolver todas las peticiones de las partes a través de un pronunciamiento que tendrá fuerza de cosa juzgada. En cambio, dentro de los modos extraordinarios o anormales, el proceso declarativo no agota todas sus etapas y concluye a través de las siguientes maneras: desistimiento, transacción, sobreseimiento, allanamiento, caducidad de la acción y abandono procesal; regulados en la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico General de Procesos, en sus artículos del 233 al 249.

Azula Camacho Jaime en su Manual de Derecho Procesal (2016), opina que la clasificación la terminación anormal del proceso, ocurre por dos grupos de causas, divididas de acuerdo a las consecuencias que produzcan en: “las que no impiden volver a instaurar el proceso. Que se presentan cuando el proceso finaliza como consecuencia de la declaración o prosperidad de un impedimento procesal o excepción previa, (...) de carácter perentorio” (Camacho, 2016). Aunque, para Devis Echandía, estas no son formas en estricto sentido de terminación del proceso sino impedimentos procesales que provocan su paralización.

Por otra parte están: “las que entrañan la extinción definitiva del proceso. Significa que se cierra la posibilidad de volver a instaurar el proceso de manera eficaz, pues, de no hacerlo, el demandado impide que se surta mediante la proposición de la causa que originó la terminación anormal del anterior. Integran este grupo el desistimiento, la transacción y la conciliación” (Camacho, 2016).

Como otro punto, de lo que concierne al presente estudio la forma anormal que interesa ser examinada es el desistimiento, definido en palabras de Cabanellas Guillermo en su Diccionario Jurídico Elemental como: “terminación anormal de un proceso por el que el actor manifiesta su voluntad de abandonar la pretensión, pero sin renunciar al derecho en que la basaba, es decir, que tiene la posibilidad de poder plantear la misma litis posteriormente” (Cabanellas, 2006). Es decir, el desistimiento es la renuncia de la acción cuando proviene del demandante o del recurso cuando es del apelante, si es en primera instancia consiguiendo mantener las circunstancias el mismo estado que tenían antes de la demanda y, cuando fuere en segunda instancia representará el consentimiento expreso de la sentencia apelada.

Para Azula Camacho, el desistimiento es:

“La renuncia a los pedimentos formulados en el proceso o a una determinada actuación, utilizamos el vocablo renuncia pues su significado se ajusta al sentido que tiene el desistimiento. En efecto, renuncia quiere decir dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de una cosa que se tiene, o del derecho y acción que se puede tener. No referimos el desistimiento a un acto específico, como sería la pretensión porque no solo la cobija a ella, sino también a la oposición o excepciones que formula el demandado. Además, para todas las partes demandante, demandado y terceros intervinientes, en relación con cualquiera actuación que genere como un recurso, un incidente, etc.” (Camacho, 2016).

En definitiva, según el abogado Ulloa Pedro (2019) el desistimiento es la manifestación de voluntad de desistir, más no de renunciar, no de su pretensión o de la demanda, sino del proceso, lo que implica abandonar o dejar de impulsar el ejercicio al derecho de acción. Por lo tanto, el desistimiento no ataca al derecho material o a la relación material, ni tampoco a la acción sino a su ejercicio.

Referente a la clasificación Azula Camacho, trata al desistimiento dependiendo el punto de vista que se considere y lo divide de la siguiente guisa:

“Según la materia sobre la cual recaiga, puede ser: total o parcial. Total cuando recae sobre todas las pretensiones propuestas por el demandante. Parcial, cuando versa sobre una actuación o ciertas pretensiones procesales, en este caso el proceso sigue solo sobre lo que no se ha desistido.

Pertinente a los efectos, es: absoluto o relativo. Absoluto, si los efectos que genera son los mismos que los de la cosa juzgada, es decir, impide que la parte que desistió pueda nuevamente formular igual o similar pretensión en otro proceso y, el relativo impide volver a plantear la misma pretensión en un proceso igual, pero no en otro semejante, con diferentes elementos aunque el objeto sea el mismo” (Camacho, 2016). Acontece cuando existe la posibilidad de instaurar una nueva demanda pero con distinta pretensión a la desistida, valiéndose de una acción diferente.

También se puede dar el caso de demandar el mismo objeto con una diferente pretensión. En conclusión, se permite demandar el mismo objeto con diferente acción, pretensión o trámite.

Otra clasificación que el autor realiza es en cuanto a la voluntad, puede ser expreso o tácito: “el expreso es el que proviene de la parte que ha dado origen a la gestión y es el propiamente dicho.

El tácito consiste en una sanción que se impone a la parte por su inactividad, que se manifiesta por no realizar el acto tendiente a darle curso a la actuación que ha originado”. (Camacho, 2016). Se podría decir, bajo este precepto que el desistimiento tácito correspondería a lo que se conoce como abandono procesal dentro de la legislación local.

En lo que respecta a la regulación del desistimiento en el Ecuador, se desarrolla en los artículos 237 al 240 del COGEP con el siguiente tenor:

“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 reconvención, igualmente podrá desistir de su pretensión o renunciar al derecho, para lo cual se procederá en la forma señalada en el inciso anterior.

Art. 238.- Desistimiento del recurso o de la instancia. Se podrá desistir de un recurso o de la instancia, desde que se interpuso aquel y mientras no se haya pronunciado sentencia definitiva, lo que producirá la firmeza de la providencia impugnada, salvo que la contraparte también haya recurrido, en cuyo caso requerirá que ella también desista.

Art. 239.- Validez del desistimiento. Para que el desistimiento sea válido, se requiere:

1. Que sea voluntario y hecho por persona capaz
2. Que conste en los autos y se halle reconocida la firma de quien lo realiza ante la o el juzgador.
3. Que sea aprobado por la o el juzgador.

4. Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo.

Art. 240.- Inhabilidad para desistir. No pueden desistir del proceso:

1. Quienes no pueden comprometer la causa en arbitraje.
2. Quienes intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero.
3. Quienes representen al Estado y no cuenten con la autorización del Procurador General del Estado, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
4. Quienes sean actores en los procesos de alimentos”

(Código Orgánico General de Procesos, 2016)

El jurista García Falconí José, en su obra Manual de Práctica Procesal Civil Tomo III, señala de manera atinada como características del desistimiento las siguientes:

- “Es un acto de parte, no de oficio.
- Trae consigo la extinción de la acción, de tal manera que las cosas vuelven al estado anterior a la presentación de la demanda.
- El desistimiento requiere de poder especial cuando se realiza por medio de mandatario.
- El desistimiento de la demanda puede efectuarse en cualquier estado del juicio.
- El desistimiento de la demanda no afecta al valor legal del procedimiento, ni aún respecto de las partes litigantes.
- Produce pérdida o caducidad de la instancia.

- No puede ejercitarse de nuevo la acción intentada.
- El que desiste tiene que pagar a la otra parte los gastos, costas y perjuicios” (García, 2003).

Y sobre los efectos indica:

- “El desistimiento de la demanda vuelve a las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto;
- El que desistió de una demanda, no puede proponerla otra vez contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan, pues de lo contrario estaría violentando el Art. 76 numeral 7 letra i) de la Constitución de la República, que en su parte pertinente dispone: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).
- El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos en que la firmeza de la sentencia habría producido efectos de la cosa juzgada.
- Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si solo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.
- El desistimiento solo perjudica a la parte que lo hace, ésta debe ser condenada en costas.” (García, 2003)

De lo citado se asevera que el sistema procesal ecuatoriano, se preocupa del desistimiento de la acción o demanda y no del derecho pero conceptualmente confunde a la acción con el derecho material y ya lo dijo el abogado Ulloa Pedro en su trabajo de titulación:

“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” (Ulloa, 2019)

3.2 La interrupción del abandono y los posibles casos de apelación del auto interlocutorio que declara el abandono.

Para este subcapítulo, es crucial recordar que la declaratoria del abandono no se efectúa mediante sentencia sino por auto interlocutorio, entendido como la providencia por la cual el juez resuelve cuestiones procesales que no son materia de sentencia, pero que pueden afectar a los derechos de las partes o a la validez del proceso.

Hay que diferenciar al artículo 245 del COGEP reformado, que impide la declaratoria de abandono en caso de que existan escritos pendientes de despachar y señala: “No se podrá declarar el

abandono, transcurrido el plazo fijado en el inciso anterior, cuando se encuentre pendiente el despacho de escritos por parte del juzgador." (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019), del artículo 248 del COGEP reformado, que determina la interrupción del plazo para declarar abandono manifestando:

“El abandono no podrá ser declarado por la o el juzgador, ni de oficio ni a solicitud de parte, luego que se haya realizado algún acto o presentado alguna petición, por cualquiera de los sujetos procesales. La o el juzgador está proscrito de declarar el abandono con efecto retroactivo”. (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019)

En el año 2017, la Corte Constitucional dentro del Caso N°. 138–17-SEP-CC, resolvió como improcedente la declaratoria de abandono de una sentencia de acción extraordinaria de protección porque quebrantaba el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que el actor había solicitado la práctica de diligencias, siendo obligación del tribunal despachar sus escritos y no lo hizo y como señala misma Corte en el Dictamen 003–19-DOPC-CC del 14 de marzo 2019, donde trata la Objeción por Inconstitucional de parte del Presidente de la República al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos que reforma su artículo 248 inciso segundo, sobre la imposibilidad de declarar el abandono cuando se ha realizado algún acto o presentado alguna petición procesal señalando:

“Esta Corte Constitucional aprecia que la reforma asegura el derecho de las partes procesales a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 75 de la Constitución, ya que los operadores de justicia deben resolver todos los asuntos que las partes pongan en su conocimiento, siendo inadmisibles e improcedentes castigarlas por un incumplimiento del juzgador, al no resolver éstos los escritos que pretendan la prosecución de las causas que constan del expediente, y además cuando

no aprecia que se han practicado los actos procesales que impiden declarar el abandono” (Caso N°. 0002-2019-OP, 2019)

Bajo este contexto se encuentra dos posibles casos de apelación del auto interlocutorio que declara el abandono: primero, que el juez declare ilegalmente el abandono aunque existan escritos previos sin ser despachados, como sucedió en el proceso comentado en párrafos anteriores; segundo, que un juez declare ilegalmente el abandono a pesar de que la presentación previa de un escrito haya interrumpido el cómputo del plazo respectivo.

El segundo caso podría ser conceptualizado como un “error de cómputo”, conforme lo que indica el artículo 248 en su último inciso: “el auto interlocutorio que declare el abandono podrá ser impugnado siempre que se justifique exclusivamente, en un error de cómputo” (Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, 2019).

Aquí, el vocablo “exclusivamente” podría provocar errores de interpretación en los jueces, puesto que se podría entender que la apelación en el primer caso es improcedente por no estar explícitamente contemplado en el artículo 250 que se refiere a la impugnación de las providencias revelando: “(...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley (...) (Código Orgánico General de Procesos, 2016); supuesto que resultaría totalmente desacertado.

3.3 La facultad del legislador para decidir los casos en que es improcedente declarar el abandono.

Como ya se aludió en el capítulo anterior, con la reforma del artículo 247 del COGEP (2019), se incluyeron varios supuestos en los que el abandono no es procedente:

1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de las niñas, niños y adolescentes, incapaces, adultos mayores y personas con discapacidad.
2. En las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores.
3. En los procesos de carácter voluntario.
4. En las acciones subjetivas contenciosas administrativas.
5. En la etapa de ejecución.

Permitiéndose declarar el abandono de causas en las que el Estado es el actor, incluyendo todos los organismos señalados en la Constitución y las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de delegación o concesión a la iniciativa privada, por las acciones u omisiones que ocasionen daños en virtud del servicio concesionado o delegado, según lo establece el artículo 301 del mismo cuerpo legal.

La Presidencia de la República objetó en su momento el hecho de que se mantenga la prohibición de declarar abandonados juicios en los que el actor sea el Estado, alegando el interés general y la seguridad jurídica contemplados en los artículos 76 y 82 de la Constitución.

La Corte Constitucional dentro del Dictamen 003–19-DOPC-CC, 14 de marzo 2019, negó tal objeción en los siguientes términos:

“Esta Corte Constitucional aprecia que esta reforma que reestructura las causas en las que no procede el abandono, deriva de la armonización y optimización de los principios sobre la tutela judicial efectiva y el principio dispositivo del sistema procesal contemplados en los artículos 75 y 168 número 6 de la Constitución, contando con razonabilidad, como un principio al que debe sujetarse la labor parlamentaria en la creación de las leyes.

El autor Osvaldo Alfredo Gozaíni sobre la necesidad de que una ley sea razonable expone que: "se procura no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto". Es así que esta Corte Constitucional considera que de conformidad con el artículo 84 de la Constitución, en la reforma se han determinado las reglas procedimentales de improcedencia del abandono en aquellas causas que denotan una justificación razonable, sin contrariar principios constitucionales.

En tal sentido la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No.T-322 de 1996 estima que: "La razonabilidad hace relación a que un juicio está conforme con la prudencia, la justicia y la equidad que rigen para el caso concreto, es decir, implica una coherencia externa con los supuestos fácticos. La razonabilidad supera la tradicional racionalidad porque ésta exige una coherencia interna, una lógica formal. En lo razonable, si la coherencia es externa, cobra fuerza la relación con lo constitucionalmente admisible, con la finalidad de la norma".

En esta línea esta Corte Constitucional estima que desde el método teleológico previsto en el artículo 3 número 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que: "Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo", se desprende que la razón para legislar, la *ratio legis* de esta reconfiguración de las causas en las que no procede el abandono, en específico en la inclusión de nuevos procesos, como es el caso de las causas en las que estén involucrados los derechos de adultos mayores y de las personas con discapacidad, los derechos laborales de los trabajadores, los procesos de carácter

voluntario y las acciones contenciosas administrativas subjetivas, dado que contienen intereses constitucionalmente relevantes, derivados de las relaciones jurídicas generalmente "asimétricas" de las que surgen estos conflictos y controversias, se encuentra justificado; y, en tal sentido también la exclusión de la improcedencia del abandono en los procesos iniciados por el Estado, que no justifica esta situación desde la materialidad de su ejercicio del *ius imperium*" (Caso N°. 0002-2019-OP, 2019)

Empero, lo que no se explicó es la relación jurídica asimétrica que impediría declarar el abandono en procedimientos voluntarios regulados en el artículo 334 del COGEP que dispone:

“Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación. 2. Rendición de cuentas, 3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes. 4. Inventario, en casos previstos. 5. Partición. 6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda). Recordemos que también se sustancian en este procedimiento“

También se sustanciarán (...) los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción” (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

En definitiva, el legislador cuenta con un considerable margen de discrecionalidad para decidir los casos en que es improcedente declarar el abandono, sin olvidar todos los casos de oposición a los procedimientos voluntarios que en concordancia con el artículo 336 del COGEP el procedimiento se transformaría en sumario, siendo así procedente la declaratoria del abandono, tema que debía ser ahondado por la Corte Constitucional en el momento oportuno.

“Art. 336.- Oposición.- (...) La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda. En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

3.4 Problemática procesal de la posibilidad de volver a demandar

Es claro que los legisladores entendieron que el artículo 249 del COGEP antes de la reforma, representaba una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva al impedir con la declaración del abandono interponer una nueva demanda, derecho que en palabras de la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo en la Sentencia N°.13-17-CN/19 constituye:

“un elemento fundamental de la administración de justicia, a la vez que es un derecho sustancial que debe ser observado por las juezas y jueces y comprende no solo el acceso a la justicia, sino también, el desarrollo del proceso con la debida observancia de normas constitucionales y legales y la ejecución de la sentencia; es decir, el derecho a obtener una decisión judicial motivada y que sea ejecutada” (Sentencia N°.13-17-CN/19, 2017).

Consiguientemente, los legisladores intentaron mejorar esta situación con la LORCOGEP, estableciendo que sólo será aplicable la declaratoria de abandono en primera instancia cuando se dicte por segunda ocasión puesto que, si se declara por primera vez el accionante podrá interponer la nuevamente la demanda después de 6 meses a partir del auto que lo declaró; motivados en que el legislador sancionará a la parte actora por su dejadez procesal con una primera declaratoria de

abandono, pero permitiéndole conservar una segunda oportunidad para proponer la demanda; adicionalmente, mantiene la posibilidad de retirar la demanda conforme el artículo 236 del COGEP o reformarla según el artículo 148 de la misma base legal.

En la práctica, el artículo 249 del COGEP reformado tiene que ser aplicado necesariamente por el juez que conoce por tercera ocasión la demanda de idéntica pretensión y esto representa un verdadero reto procesal. Primero, se necesitaría que la prohibición de interponer una nueva demanda en los procesos que se declararon en abandono quede acreditada en el proceso; y en caso de que el actor presente la misma demanda por tercera ocasión se despliegan dos posibilidades: imaginar que el juez debe verificar de oficio que no ha existido con anterioridad declaratoria del abandono; o suponer que debe ser alegado por el demandado.

Respecto a la primera posibilidad, la única forma de que el juez pueda considerarlo de oficio e inadmitir a trámite la demanda y declarar la caducidad de la acción es solicitando una declaración juramentada del demandante donde confirme que no se encuentra incurso en la prohibición del artículo 249 del COGEP, pero si se remite al artículo 142 del COGEP, éste no es un requisito exigible, aunque podría alegarse que se haría una interpretación extensiva al requisito del demandante de incluir: “la narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones” (Código Orgánico General de Procesos, 2016), el juez tendría que pedir aclaración de la demanda, para conocer si ya ha sido declarado el abandono en primera instancia.

Dado el caso de que el juez no realice todo lo comentado y califique la demanda, se encontraría bajo la segunda posibilidad: el demandado deberá presentar como excepción previa la caducidad de la acción para que el juez resuelva en sentencia, según el criterio establecido por la Corte Nacional de Justicia en la Resolución N°. 12-17 que trata las excepciones previas, respecto a la caducidad señala:

“La caducidad implica la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo concedido para su ejercicio; de manera que opera cuando no se ha ejercitado dentro del término previsto para tal efecto. La caducidad es una institución particularmente relevante en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria; aunque de acuerdo a nuestro ordenamiento resulta también aplicable en el ámbito laboral.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia desde tiempo atrás ha establecido la obligatoriedad del juzgador de declarar la caducidad; incluso, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 185 de la Constitución de la República, fundado en los fallos de triple reiteración de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado la existencia del precedente jurisprudencial, estableciendo que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera *ipso jure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; de manera que, los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. En igual sentido, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución 05/2016 ha establecido que en los juicios individuales de trabajo por despido ineficaz, el juzgador al momento de calificar la demanda podrá declarar la caducidad de la acción (Art. 1); así como también ha establecido que si la caducidad

se ha alegado como excepción previa, ésta sea analizada y resuelta en la fase de saneamiento del juicio sumario. El Código Orgánico General de Procesos consolida aquello, no porque en su artículo 307 establece que “en el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda”; sino también porque prevé unas normas específicas que regulan los procedimientos de la jurisdicción contenciosa administrativa y contenciosa tributaria, que deben sustanciarse de acuerdo a lo previsto en el Capítulo II del Título I del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos. Conforme lo expuesto, no cabe duda que la o el juzgador debe declarar la caducidad en la primera providencia, e inadmitir la demanda.

No obstante, cuando la caducidad se ha planteado como excepción previa, asumimos que la demanda se admitió a trámite, dando lugar al cumplimiento de los actos de proposición; por lo que no puede dictarse auto de inadmisión sino que debe resolverse como una cuestión sustancial del proceso, por lo tanto el juzgador debe acogerla mediante sentencia” (Resolución No. 12, 2017)

Independientemente, es preciso indicar que prescripción no podría haber, puesto que según el artículo 249 del COGEP, el derecho sustancial existe pero la acción civil para exigirlo caducó. Además, respecto a si existe o no cosa juzgada pues se entendería únicamente que sí en el sentido formal porque nada se resolvió sobre el fondo del asunto. Sin embargo, surge otro problema, porque según el artículo 99 que señala:

“Autoridad de cosa juzgada de los autos interlocutorios y de las sentencias. Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1. Cuando no sean

susceptibles de recurso 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto.3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley. Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso”. (Código Orgánico General de Procesos, 2016). Como se observa, la declaratoria de abandono no se encuentra considerada dentro de los casos reconocidos como cosa juzgada.

A posteriori, el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 153 contempla de manera taxativa las excepciones previas que el demandado puede interponer en la contestación a la demanda; esta posibilidad, parece más viable en la práctica del Derecho pero no por ello es útil y lejos de ayudar a disminuir la carga procesal de los jueces, hasta la Corte Nacional de Justicia deberá desarrollar minuciosamente los conceptos de prescripción, caducidad y cosa juzgada, a fin de orientar a los administradores de justicia.

Así también, el artículo 249 reformado señala que: “ 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” (Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, 2019), aquí la norma indica que los seis meses se cuentan desde el auto que declara el abandono pero esto es un claro ejemplo de carencia de técnica legislativa porque lo correcto sería que el plazo se refiera a cuando el auto se encuentre legalmente ejecutoriado dado que este tipo de providencias son susceptibles de apelación; omisión que podría convertirse en un inconveniente en su práctica.

Al respecto, el abogado Cervantes Andrés (2019) plantea un claro ejemplo:

“el juez de primera instancia dicta auto de abandono y este se apela. Tras esperar seis meses, el actor presenta una nueva demanda por cuerda separada ante otro juez. Aquí tendríamos un clarísimo caso de litispendencia, que en todo caso debería ser alegado por el demandado como excepción previa insubsanable que se resuelve por auto interlocutorio. En todo caso, sería deseable una reforma aclaratoria en este sentido o bien una resolución vinculante de la Corte Nacional de Justicia” (Cervantes, 2019).

Además, los seis meses que indica el artículo deben ser entendidos como plazo y no como término, es decir, se incluyen fines de semana y feriados en correspondencia con lo que establece el Código Civil ecuatoriano, a efectos de contabilizar la prescripción del derecho que exige.

3.5 El abogado que no asiste a la audiencia

La comparecencia de las partes a las audiencias es trascendental para la ejecución del proceso y para la práctica de sus derechos a través de sus pretensiones y excepciones, respectivamente.

En la legislación ecuatoriana, la asistencia a las audiencias se regula dentro de Código Orgánico General de Procesos, su artículo 86 recalca la obligatoriedad que tienen las partes, de comparecer personalmente a las audiencias y plantea:

“Comparecencia a las audiencias. Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias: 1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir. 2. Que concurra procurador común o delegado con la acreditación correspondiente, en caso de instituciones de la administración pública. 3. Cuando a petición de parte la o el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Por su parte, el artículo 87 del COGEP antes de la reforma indicaba los efectos que produce la falta de comparecencia a las audiencias y señalaba los siguientes criterios:

“(…) 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono.

2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre. Si la o el juzgador dispone de oficio la realización de una audiencia la proseguirá debiendo resolverlo que corresponda conforme con el objeto para el cual la convocó” (Código Orgánico General de Procesos, 2016).

Se entendería entonces que el efecto jurídico que producía la inasistencia de la parte actora a una audiencia es la declaratoria del abandono, a pesar de que no concurren los requerimientos imprescindibles para proceda esta figura como lo son la inactividad procesal en un tiempo determinado, provocando que sea imposible volver a presentar la demanda contra la misma persona, sobre los mismos hechos y con igual pretensión tal como señalaba el artículo 249 del COGEP; aparte podría considerarse una pérdida de los recursos procesales invertidos, tanto intelectuales, humanos hasta económicos, que han sido utilizados para con el fin de obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.

Asimismo, la disposición hace alusión a “quién presentó la demanda o solicitud”, de ello se colige que el abandono no procede solo en los procesos de jurisdicción contenciosa, sino también en aquellos de jurisdicción voluntaria, pues en los primeros, el proceso inicia con la presentación de

la demanda conforme al artículo 141 del COGEP: “Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código” (Código Orgánico General de Procesos, 2016); mientras que, los segundos inician por solicitud acorde lo prescribe el artículo 335 del COGEP: “Procedimiento. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda (...)” (Código Orgánico General de Procesos, 2016); situación que también quebranta la naturaleza propia del abandono, pues constituye una sanción al litigante moroso, y en los procesos voluntarios no hay litigio.

La falta de técnica legislativa ha provocado que este tema sea controversial desde su instauración, por ello los jueces nacionales mediante la Resolución N° 15-2017 resuelven facultar a la parte actora a interponer por escrito en un término de diez días el recurso de apelación de la sentencia escrita o auto escrito cuando:

“(…), dentro del término de diez días contados a partir de la notificación, en los siguientes casos: a) Cuando una de las partes no hubiere comparecido a la audiencia respectiva, por caso fortuito o fuerza mayor calificado por el Tribunal de Apelación; y, b) Cuando la sentencia o auto escrito, contenga asuntos no resueltos en audiencia o cuando éstos sean distintos a lo expresado en la decisión dictada en la misma, aspectos que deberá puntualizar expresamente” (Resolución N° 15, 2017)

Esta Resolución obliga a la parte actora a tener que acudir ante un juez de segunda instancia para declarar que efectivamente su inasistencia se derivó de un caso fortuito o fuerza mayor y así, se le

permita reclamar su derecho, situación que provoca ciertas interrogantes como: ¿por qué es indispensable acudir ante un juez de segunda instancia?, ¿por qué no está acreditado el juez de primera instancia para resolver este tema? y sobretodo, ¿los administradores de justicia al actuar de esta manera cumplen con el principio de celeridad?, entendido en palabras de Zurita como: “un principio procesal, que hace referencia a la velocidad o prontitud con la que se actúa en el desarrollo del respectivo procedimiento y en la potestad de administrar justicia”. (Zurita, 2014)

Para Garrido el principio de celeridad:

“se evidencia en la tutela efectiva de los jueces y tribunales al garantizar a todas las personas el pleno ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a un proceso público con todas las garantías, sin dilaciones indebidas” (Garrido, 2016).

Aparte, el tema de la asistencia a las audiencias ha sido objeto de discusión sobretodo en los casos cuyo objeto es la fijación del derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes o personas con discapacidad, en las que no comparezca a la audiencia única el accionante, para solventar este problema, el pleno de la Corte Nacional de Justicia, expidió la Resolución No. 04-2018, donde instituye que:

“(…) en las causas que tengan como objeto principal la fijación del derecho de alimentos de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, no se puede declarar el abandono, en razón del

interés superior de estas personas; según lo determina el artículo 247 numeral 1 del COGEP”
(Resolución No. 04, 2018)

Y los jueces resuelven:

“Art. 1.- En los procesos sumarios cuya pretensión principal sea la fijación de pensión alimenticia de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, la inasistencia a la audiencia única de el o la accionante o de ninguna de las partes, obligará a la o el juzgador competente, a emitir inmediatamente un auto interlocutorio ratificando la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda, la que se mantendrá vigente mientras no sea modificada.

Art. 2.- La resolución a la que se refiere el artículo anterior, sólo será revisable mediante incidente de aumento o disminución de la pensión de alimentos, o por caducidad del derecho de conformidad con la ley” (Resolución No. 04, 2018)

Dicho de otro modo, el juzgador está obligado a emitir un auto interlocutorio ratificando la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda, que se mantendrá vigente mientras no sea rectificada mediante un incidente de aumento, disminución de la pensión alimenticia, o por caducidad del derecho. Así también, dentro de la misma Resolución, se señala respecto a la inasistencia de la parte accionante en los juicios de divorcio contencioso o de terminación de unión de hecho, que se ordenará el archivo del proceso, y quedará sin efecto la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda.

Ulteriormente, el 29 de mayo de 2018, el asambleísta doctor Torres Luis Fernando, envió a la Presidenta de la Asamblea Nacional de aquel entonces, la economista Cabezas Elizabeth un Proyecto a la Ley Orgánica Reformatoria del COGEP, donde respecto al abandono indicaba:

“El abandono en las audiencias, está regulado en el art. 87 del COGEP, de la siguiente manera:

"Art. 87.- Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Cuando quien presente la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono” (Torres, 2018).

Ídem aseveró que:

“(…) Cuando se declara el abandono por inasistencia de la defensa técnica jurídica de la parte accionante a la audiencia preliminar, contándose con la presencia del actor, la sanción es violatoria de derechos, especialmente del derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento, consagrado en el artículo 76 de la Constitución.

No se puede perjudicar a la parte procesal que no tuvo responsabilidad porque si asistió a la audiencia, de manera que, en ese caso, la audiencia debería iniciarse con la etapa de conciliación y, de no llegar a la misma, podría ser suspendida, por una sola vez.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, dentro del Caso 09332-2016-08084, se ha pronunciado en el sentido de la reforma propuesta, indicando que: “con el advenimiento del Código Orgánico General de Procesos, se desterraron los procesos escritos engorrosos, y se los remplazó por otros, que alientan a los particulares a confiar en el Estado, para solucionar sus diferencias con tramites expeditos, enmarcados en procedimientos que eviten dentro de lo jurídicamente factible, dilaciones innecesarias; por lo que, el accionar de los abogados pretendiendo dilatar las causas con su inasistencia a las audiencias, deben

los jueces obligatoriamente contrarrestarlas con sanciones ejemplarizadoras, ya que más bien, el profesional del derecho es el llamado a promover una justicia ágil, alejado de la deslealtad procesal; en el caso que nos ocupa, al patrocinador se lo deja libre de toda sanción y vulnera a su cliente de toda posibilidad de ejercer sus derechos ante la justicia, lo cual es inaudito en un estado constitucional de derechos y justicia; como consecuencia, se violan normas sustantivas consagradas dentro de los derechos y garantías constitucionales establecidos en los artículos 75 y 76.7 de la Constitución de la República del Ecuador, el acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, a un debido proceso y el derecho a la defensa; en tal razón, precede el cargo y en atención a lo dispuesto en el artículo 273 numeral, 5 del Código Orgánico General de Procesos, se considera: **DECISIÓN** Por lo expuesto, este Tribunal, casa el auto interlocutorio de mayoría dictado por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 3 de agosto del 2017, y en su lugar, revoca el auto de primera instancia el 17 de mayo de 2017, disponiéndose que se devuelva el proceso, para que se convoque nuevamente a audiencia preliminar respectiva. Se ordena, se oficie al Consejo de la Judicatura, para que investigue la conducta del abogado que impidió se realice la audiencia.

En tal sentido, se deben reformar los artículos 294 numeral 4, y 87, numeral 1 del COGEP, de manera que no se declare el abandono cuando la parte asiste a la audiencia, en el caso que su defensa técnica no lo haya hecho” (Torres, 2018).

Por ello, en virtud del ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República resolvió que se expida su proposición de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Añádase al final del numeral 1 del Art. 87 lo siguiente: "Salvo la excepción prevista en el art. 294 numeral 4 inciso segundo de este Código, con lo que se debe iniciar con la conciliación." (Torres, 2018)

Esta propuesta fue tratada dentro del primer y segundo debate del Proyecto de LORCOGEP, y una vez aprobada por el pleno de la Asamblea Nacional se envió a la Presidencia de la República bajo el oficio N° PAN- ECG- 2018, el 18 de octubre de 2018, en donde el artículo 16 revela:

“Agregase al final del número 1 del artículo 87 el siguiente texto: Si comparece la parte actora sin su defensor, la o el juzgador instalará la audiencia, y la iniciará por la fase de conciliación, tal como lo prevé el numeral 4 del artículo 294. De haber conciliación, dictará la providencia que corresponda para ratificar ese acuerdo. Si no hay conciliación, suspenderá la audiencia y la volverá a convocar, por una sola vez, a petición de parte” (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, 2018)

A posteriori, en fecha 14 de noviembre de 2018, el Presidente de la República, presenta a la Asamblea Nacional el oficio N°. T369- SGJ- 18-0894 con la Objeción Parcial al Proyecto de LORCOGEP por inconstitucional y se pronuncia indicando:

“Hemos determinado y es necesario recalcar nuevamente, que la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la defensa demandan que la parte cuente con un defensor, quien le brinde el asesoramiento técnico necesario.

Al respecto, establece el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“Art. 327.- Intervención de los abogados en el patrocinio de las causas.- En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces

de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos” (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009).

“La pretendida reforma plantea:

- a.- Que se pueda actuar en la audiencia sin el asesoramiento de un abogado.
- b. reformar el orden en el cual se prevé se desarrolle la audiencia y empezar por una eventual conciliación, sin presencia del abogado.

Esto último representa el que soslayando que el proceso, por ejemplo, deban resolverse excepciones contempladas, entre otros, en los artículos 151 y 153 del Código Orgánico General de Procesos, y en particular aquellas consideradas como previas, esto es, aquellas que por gravedad impiden la continuación del proceso o provocan la necesaria reforma de la demanda, incluso bajo pena de nulidad, tales como la falta de competencia, ilegitimidad de personería pasiva, litispendencia, prescripción, cosa juzgada, etc. Cuya observancia genera que, a posteriori, se produzcan, insistimos, eventuales nulidades.

Ello, a más de violentar gravemente el ordenamiento jurídico constitucional originaría nuevos procesos respecto de asuntos que debieron ser solucionados oportunamente con la presencia del abogado defensor, violentándose además el artículo 169 de la Constitución la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho de defensa constitucionales previstos en los artículos 82 y 76” (Objeción Parcial por Inconstitucionalidad, 2018).

A consecuencia de la objeción presidencial, los jueces de la Corte Constitucional en cumplimiento de sus funciones, se pronuncian para establecer si las disposiciones aprobadas por el Pleno de la

Asamblea Nacional que han sido objetadas por la Presidencia de la República superan o no la revisión constitucional y profieren:

“El Ejecutivo establece que la reforma altera el orden de desarrollo de la audiencia para empezar con una conciliación con la sola presencia del actor sin su defensor, que debe dar el asesoramiento técnico, lo que contraviene los derechos a la defensa, el debido proceso y la seguridad jurídica contemplados en los artículos 76 y 82 de la Constitución.

El Legislativo establece que cuando se declara el abandono por inasistencia de la defensa técnica jurídica, el actor pierda la posibilidad de continuar con el juicio, sanción que viola los derechos, por lo que debe habilitarse que pueda conciliar aun cuando no esté presente su defensor.

Es así que esta Corte Constitucional considera que la primera parte de la reforma viola además el principio de prescripción de la indefensión establecido en el artículo 76 numero 7 letra a) de la Constitución, ya que permite a la parte actora actuar sin la asesoría jurídica y técnica de su abogado defensor, dejándola prácticamente indefensa, ya que no cuenta con la preparación suficiente sobre el alcance de las figuras jurídicas que están en discusión en el proceso, es así que la doctrina y jurisprudencia española se comenta a la “asistencia letrada” con la proscripción de la indefensión y los principios de contradicción y de igualdad procesal.

Si bien la conciliación como medio alternativo de solución de controversias no requiere necesariamente la asistencia de un abogado, al ser en caso concreto que se analiza, una etapa formal del proceso, la Corte Constitucional advierte el riesgo de una posible desigualdad procesal ocasionada por la ausencia de la defensa técnica de una de las partes. Esto, dada la relevancia constitucional de que exista una defensa técnica, que se concreta por el compromiso ético y profesional del abogado defensor con los que asume y defiende los casos, es decir, se trata de la defensa material, superando la mera defensa formal de la sola presencia del abogado.

En consecuencia, procede la objeción por inconstitucionalidad en la primer parte de la reforma del artículo 87 número 1 del COGEP, respecto de la frase “instalará la audiencia y la iniciará por la fase de conciliación, tal como prevé el numeral 4 del artículo 294. De haber conciliación, dictará la providencia que corresponda para ratificar ese acuerdo. Si no hay conciliación”. Por consiguiente, en la reformulación que realice el Legislativo de esta disposición debe asegurarse que en el caso de que la parte no cuente con la presencia del abogado para dar la asistencia letrada y asumir la defensa técnica material, el juez deberá suspender la audiencia y volverse a convocar como consta en la segunda parte de la reforma” (Caso N°. 0002-2019-OP, 2019).

Sobre lo expuesto por la Corte Constitucional, el abogado Cervantes Andrés realiza una oportuna opinión y expone:

“Si bien es una interpretación plausible, vale la pena recordar que el contrato civil de transacción – que se diferencia únicamente de la conciliación en la intervención del juez como facilitador (Art. 234 COGEP “Procedimiento. La conciliación se realizará en audiencia ante la o el juzgador conforme a las siguientes reglas: 1. Si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio. 2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo.3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo” (Código Orgánico General de Procesos, 2016); permite a las partes terminar un conflicto surgido entre ellas sin la intervención de abogados, bastando para ello que las partes tengan capacidad jurídica para celebrar el contrato (Art. 235 COGEP: De la transacción. La transacción válidamente celebrada termina el proceso y el juez autorizará la conclusión del proceso cuando le sea presentada por cualquiera de las partes.

Tratándose de transacción parcial, se estará a las reglas que sobre la conciliación parcial prevé el artículo anterior (...). (Código Orgánico General de Procesos, 2016). En ese sentido, la figura del juez podría limitarse a verificar la legalidad del acuerdo y el consentimiento real de las partes procesales previo a su homologación” (Cervantes, 2019).

A pesar de ello, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, obedeciendo el Dictamen N° 003-19- DOP- CC emitido por la Corte Constitucional en relación a la objeción por inconstitucionalidad parcial al Proyecto de la LORCOGEP, proponen el siguiente texto:

“Artículo 16.- Agregase al final del número 1 del artículo 87 el siguiente texto: “Si comparece la parte actora sin su defensor, la o el juzgador suspenderá la audiencia y la volverá a convocar, por una sola vez, a petición de parte” (Informe respecto al Dictamen N° 003- 19- DOP-CC emitido por la Corte Constitucional, 2019). Disposición que se incluye así textualmente dentro de la Ley Orgánica Reformatoria del COGEP, publicada en el Registro Oficial N°. 517 el 26 de junio de 2019.

Todo lo indicado, es el antecedente de cómo se llevó a cabo la búsqueda de una solución para este polémico tema que aparentemente mantiene interrogantes sin resolver, sobre las cuales el abogado Cervantes Andrés (2019) realiza el siguiente análisis:

“(…) para que opere la suspensión y nueva convocatoria de audiencia tiene que haber petición de parte, ¿qué sucede si la parte no lo solicita?, ¿debería el juez informarle a la persona correspondiente que tiene ese derecho? (...) es válido asumir que existen personas que no conocen el ordenamiento jurídico por su situación personal (situación migrante, discapacidad cognitiva, analfabetismo, extrema pobreza, entre otros). En ausencia de petición, se daría paso a la declaratoria de abandono,

lo que a mi juicio sería vulneraría el derecho constitucional reconocido en el artículo 76, número 7, letra G de la norma fundamental: “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En consecuencia, un juez prudente, debe explicar en términos sencillos la situación procesal al compareciente para que este pueda formular la petición, si así lo desea. Todo lo dicho, considerando al artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República 2008 que indica que a toda autoridad administrativa o judicial le corresponde responder del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes” (Cervantes, 2019).

3.6 La falta de una disposición transitoria que regule el abandono

En términos del Diccionario Jurídico de la Real Academia de la lengua española, una disposición transitoria es: “una norma que regula los supuestos en que continúa aplicándose la legislación que estaba vigente antes de la aprobación de un texto legal nuevo, o modula la aplicación total e inmediata de este desde el día de su entrada en vigor” (Diccionario Jurídico de la Real Academia de Lengua Española, 2019). De la misma forma menciona que son medidas con límites instaurados por el legislador, ya sea en tiempo, objetivos o alcances y contienen nueva normativa para situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, por lo tanto, su fin es dar efectividad a los ordenamientos creados, reformados o modificados.

El Proyecto de LORCOGEP, incluía como Disposición Transitoria Cuarta que las demandas que han sido declaradas en abandono antes de la expedición de la Ley Reformatoria, podrán volver a presentarse hasta 6 meses después de la entrada en vigencia de la ley.

Más adelante, cuando el proyecto llega a ser de conocimiento del Ejecutivo, esta disposición fue objetada bajo el razonamiento de que permitirse presentar nuevamente una demanda que ya fue declarada judicialmente en abandono afecta al Principio de cosa juzgada, al debido proceso y la seguridad jurídica contemplados en los artículos 11,76 y 82 de la Constitución.

Cuando la objeción Presidencial llega a ser de conocimiento de los jueces de la Corte Constitucional, ellos se pronuncian al respecto indicando:

“El Legislativo establece que la figura procesal del abandono tiene actualmente un efecto excesivo que es el de prescribir el ejercicio de la acción, por lo que la reforma restablece este derecho incluso en casos declarados abandonados antes de la misma. Esta Corte Constitucional aprecia que esta Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al COGEP, contraviene a la seguridad jurídica, ya que como se indicó la ultractividad implica que los casos iniciados, tramitados y en los que ya constan decisiones jurisdiccionales acorde a una normativa procesal culminen con la misma, sin que puede aplicarse retroactivamente el nuevo trámite, cuando estos ya han implicado una actuación de una etapa o fase procesal y una resolución judicial al amparo de la ley anterior. En esta línea esta Corte refiere la jurisprudencia constitucional colombiana contenida en la Sentencia de la Corte No. C-763-2002 que aprecia que: "Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio *"Tempus regit actus"*, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia" Es así que al haberse emitido

autos de abandono y de archivo por decisión jurisdiccional al amparo de la ley anterior, no puede operar la nueva ley con efecto retroactivo, que concede una nueva oportunidad para interponer la demanda en el plazo de 6 meses, por lo que la reforma contraría el principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Norma Suprema.

En esta línea esta Corte Constitucional considera que la reforma afecta a los casos en los que ya se ha declarado el abandono en aplicación de las normas del Código Orgánico General de Procesos vigente, en los que las partes tienen ya la certeza de una situación jurídica determinada e implica la existencia de un derecho, que constituye cosa juzgada. En tal sentido, al abrirse la posibilidad de que el accionante pueda presentar nuevamente su demanda, rompe la certidumbre que existe respecto a un derecho adquirido por una de las partes, a consecuencia de la aplicación de una norma vigente, como expresión de la seguridad jurídica, contemplada en el artículo 82 de la Constitución. Por lo indicado, en el caso específico que se analiza, no procede aplicar la norma procesal de manera retroactiva, toda vez, que en lugar de ser favorable a los derechos en general, compromete la certeza adquirida por una de las partes.

En tal virtud procede la objeción por inconstitucionalidad a la Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al COGEP, ya que afecta la seguridad jurídica al imponer con efecto retroactivo la nueva norma procesal, alentando contra el principio de ultraactividad de la ley bajo cuyo amparo se emitieron decisiones jurisdiccionales que declararon el abandono de las causantes de la reforma” (Constitucional, Caso N°. 0002-2019-OP, 2019)

Ahora, recordando al artículo 76 numeral 5 de la Constitución que establece: “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un

mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Y, lo que dispone el Código Civil sobre el efecto de la ley en su artículo 7 que manifiesta: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

20a: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente”.
(Código Civil, 2005)

Dicho de otra forma, los Jueces Constitucionales tienen razón al coincidir con el Ejecutivo en el hecho que esta disposición contraviene al principio de irretroactividad cuyo fundamento es preservar el orden público y estabilidad jurídica. Pese a ello, al no sugerir una nueva disposición transitoria que regule esta figura procesal, se entiende que se debe cumplir con la Disposición final de la LORCOGEP según la cual todas las reformas entran en vigencia el 25 de junio de 2019, fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Empero, se mantiene sin resolver qué va a ocurrir con las peticiones de abandono presentadas antes del 25 de junio de 2019, fecha de la entrada en vigencia de la LORCOGEP, o qué puede suceder con los procesos que se encuentran inactivos durante más de 80 días término y no han sido aún declarados en abandono, situaciones por las cuales muy probablemente la Corte Nacional en un futuro no muy lejano deba pronunciarse mediante Resolución.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el presente trabajo investigativo sobre la regulación del abandono procesal tras la Ley Orgánica Reformativa del COGEP, dentro del primer capítulo se desarrolló desde el punto de vista doctrinario qué es el abandono y las nociones básicas que sirven como punto de partida, concluyendo lo siguiente:

1. Que, el proceso es un conjunto de actos, en donde el abandono sería consecuencia de la falta de su cumplimiento por lo tanto, al proceso se lo debe comprender como el continente y al procedimiento como el contenido.
2. Que, el fundamento del derecho procesal es el derecho de acción por ser la consecuencia de la relación jurídica que da inicio al proceso y pone en actividad la rama jurisdiccional
3. Que, el derecho de acción debe ser considerado como un atributo de la personalidad del ser humano a más de ser un derecho constitucional, por ello, si una Ley vulnera este derecho sería inconstitucional.
4. Que, doctrinariamente el abandono de instancia se refiere solo a la pérdida de consecución de la causa, más no a la renuncia al derecho que se considera vulnerado y por el cual se acudió al órgano jurisdiccional para ser exigido distinguiéndose notoriamente del desistimiento, situación que lamentablemente los legisladores ecuatorianos confunden y desarrollan una normativa contraria a la lógica planteada.
5. Que, el abandono es una figura jurídica que extingue la relación procesal por inactividad de las partes procesales dentro de los términos previstos para la prosecución de la causa, obteniendo el fin del proceso y no debe afectar a la pretensión o excepciones propuestas.

Consecutivamente, en el capítulo segundo se realizó un análisis de la regulación de la figura del abandono antes y después de la LORCOGEP extrayendo las siguientes conclusiones:

1. Que, el 16 de octubre de 2018, fue aprobado el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del COGEP por el Pleno de Asamblea Nacional, el cual fue entregado para al Ejecutivo quien en fecha 14 de noviembre de 2018, presenta a la Asamblea Nacional el oficio N°. T369-SGJ- 18-0894 con su Objeción Parcial al Proyecto de LORCOGEP por inconstitucional; consecuentemente, los jueces de la Corte Constitucional en cumplimiento de sus funciones, se pronuncian para establecer si las disposiciones aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional que han sido objetadas por la Presidencia de la República superan o no la revisión constitucional y emiten su Dictamen N° 003–19-DOPC-CC el día 14 de marzo 2019, mismo que fue acatado por Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.
2. Que, el 25 de junio de 2019 se implementó Ley Orgánica Reformatoria al COGEP, con el fin de cubrir los vacíos que dejaba en la práctica del Derecho el COGEP respecto al Abandono procesal y otras figuras, pues en los considerandos de la propia Ley, los Asambleístas reconocieron la existencia de falencias legales que debían ser remediadas a fin de garantizar y salvaguardar los derechos de los ciudadanos mediante una normativa procesal diseñada para lograrlo.
3. Que, es un deber inexcusable de la Asamblea Nacional corregir disposiciones que no se adecuan al Estado de derecho y justicia proclamado por el Artículo 1 de la Constitución de la República.
4. Que, en el Ecuador los efectos que producía la declaración del abandono en la primera instancia eran que el accionante no pueda interponer una nueva demanda conforme al

artículo 249 del COGEP, lo que constituía una grave transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 75 de la Constitución de la República.

5. Que, al señalarse en el artículo 245 reformado, que se podrá declarar el abandono cuando “todas las partes que figuran en el proceso hubieran cesado en la prosecución del mismo”, se entenderá que si una de las partes continúa con la prosecución del juicio no cabe la declaración del abandono, aunque nada se ha indicado sobre qué debe entenderse por “cesación de la prosecución” del juicio, manteniendo un vacío legal al respecto.
6. Que, tras la reforma se permite presentar una nueva demanda siempre que se cumpla con el tiempo señalado de 6 meses a partir de la declaración de abandono por primera vez, no obstante, se continúa limitando su interposición, al aludir que si se declara el abandono por segunda vez ya no es posible insertar una nueva demanda por la misma pretensión, vulnerando así al derecho de acción que a más de ser la especie del derecho de petición, es un derecho constitucional que no puede ser privado de su ejercicio por una norma de carácter procesal como lo es el COGEP.

Finalmente, en el tercer capítulo se analizó y desarrolló los problemas que se mantienen y los que surgen tras la implementación de la Ley Orgánica Reformativa al COGEP referentes al abandono procesal, concluyendo:

1. Que, el desistimiento, transacción, sobreseimiento, allanamiento, caducidad de la acción y abandono procesal son modos anormales de terminar los procesos puesto que no agotan todas sus etapas y se encuentran regulados en la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico General de Procesos, en sus artículos del 233 al 249.
2. Que, existe una confusión por parte de los legisladores sobre los efectos del abandono con los del desistimiento, pues el desistimiento es la manifestación de voluntad de desistir al

proceso más no de renunciar a su pretensión; por lo tanto, el desistimiento no ataca al derecho material o a la relación material, ni tampoco a la acción sino a su ejercicio. Y el sistema procesal ecuatoriano, confunde a la acción con el derecho material al establecer primero que las cosas vuelven a su estado anterior, y más adelante impedir al actor volver a presentar su demanda, afectando directamente al derecho de acción.

3. Que, atinente a la interrupción y los posibles casos de apelación del auto interlocutorio que declara el abandono, el artículo 248 señala que podrá ser impugnado siempre que se justifique exclusivamente, en un error de cómputo, pero el vocablo “exclusivamente” podría provocar errores de interpretación en los jueces, puesto que se podría entender que la apelación es improcedente por no estar explícitamente contemplada en el artículo 250 que hace referencia a la impugnación de las providencias, supuesto que es totalmente desacertado.
4. Que, la reforma del artículo 247 del COGEP presenta un gran avance al incluir como supuestos en los que el abandono no es procedente, las causas en las que estén involucrados los derechos de las niñas, niños y adolescentes, incapaces, adultos mayores y personas con discapacidad y las que estén involucrados derechos laborales de los trabajadores. Empero, no se justifica qué impide declarar el abandono en los procedimientos voluntarios y se amplía al legislador su margen de discrecionalidad para decidir los casos en que es improcedente declarar el abandono, ya que todos los casos de oposición a los procedimientos voluntarios se pueden transformar en sumarios haciendo así procedente la declaración del abandono.
5. Que, el artículo 249 del COGEP antes de la reforma, representaba una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva al impedir con la declaración del abandono interponer

una nueva demanda, tras la reforma la norma indica que el demandante podrá presentar una nueva demanda sobre las mismas pretensiones, después de seis meses, lamentablemente, los seis meses se cuentan erróneamente desde el auto que declara el abandono porque lo correcto sería que el plazo se refiera a cuando el auto se encuentre legalmente ejecutoriado dado que este tipo de providencias son susceptibles de apelación y casación; omisión que a futuro podría convertirse en un problema.

6. Que, las consecuencias jurídicas de inasistencia de la parte actora a la audiencia de juicio eran las mismas que de la inactividad procesal, es decir la declaratoria del abandono, a pesar de que no concurren los requerimientos imprescindibles para proceda esta figura como lo son la inactividad procesal en un tiempo determinado, tras la reforma al artículo 87 se incluye al último inciso que si comparece la parte actora sin su defensor, el juzgador suspenderá la audiencia y la volverá a convocar, por una sola vez, a petición de parte.
7. Que, respecto a la falta de una disposición transitoria que regule el abandono, se entiende que se debe cumplir con la Disposición final de la LORCOGEP según la cual todas las reformas entran en vigencia en la fecha de su publicación en el Registro Oficial es decir, el 25 de junio de 2019 no obstante, se mantiene sin resolver qué va a ocurrir con las peticiones de abandono presentadas antes esta fecha y qué puede suceder con los procesos que se encuentran inactivos durante más de 80 días término y no han sido aún declarados en abandono.

RECOMENDACIONES

Tras concluir el presente trabajo se considera prudente exponer las siguientes recomendaciones:

- Que, la Escuela de la Función Judicial y las autoridades de las facultades de Ciencias Jurídicas de las diferentes universidades a nivel nacional, en coordinación con sus representantes estudiantiles, organicen eventos académicos donde puedan interactuar: estudiantes, docentes, profesionales, servidores judiciales y más conocedores del tema, a fin de discutir jurídica, doctrinaria y jurisprudencialmente sobre la regulación del abandono procesal en la legislación ecuatoriana, aportando cada uno desde sus perspectivas y de acuerdo a sus diferentes ámbitos de desempeño, a fin de plantear posibles soluciones y propuestas respecto a las inconsistencias que se despliegan de las disposiciones de la LORCOGEP.
- Que, el Pleno de la Asamblea Nacional expida una nueva propuesta de ley reformativa que sea armónica con la Doctrina y solvente de manera efectiva los problemas subsistentes detectados para salvaguardar derechos constitucionales como: tutela judicial efectiva, acceso a la administración de justicia, debido proceso, entre otros, que se siguen vulnerando con la regulación actual, y si la Asamblea Nacional hace caso omiso sobre el tema, presentar una acción pública de inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 78 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; con la intención de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad sustitutiva, y dicte un nuevo texto en relevo.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri, A. y. (1998). *Parte General y los Sujetos de Derechos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Alsina, H. (1961). *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Alsina, H. (1963). *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar.

Asamblea, C. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Constituyente.

Asamblea, C. (2016). *Código Orgánico General de Procesos*. Asamblea Constituyente.

Asamblea, N. (2019). *Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Comisión de Justicia y Estructura del Estado.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*.

Camacho, A. (2016). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Camacho, A. (2016). *Manual de derecho procesal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires : Uteha.

Cervantes, A. (2019). Obtenido de <https://medium.com/@infocervanteslaw/abandono-tras-las-reformas-al-cogep-745b4cef7ca7?source=rss-74b606af897d-----2>

Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado Madrid .

Código Orgánico de la Función Judicial . (2009). Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitucional, C. (2016). *Sentencia N.º 008-16-SCN-CC*.

Constitucional, C. (2016). *Sentencia N.º 008-16-SCN-CC*. Obtenido de http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/008-16-SCN-CC/REL_SENTENCIA_008-16-SCN-CC.pdf

Constitucional, C. (2017). *Sentencia N.º 211-17-SEP-CC* .

Constitucional, C. (2017). *Sentencia N.º.13-17-CN/19*. Obtenido de http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/013-17-SCN-CC/REL_SENTENCIA_013-17-SCN-CC.pdf

Constitucional, C. (2019). *Caso N.º. 0002-2019-OP*. Obtenido de http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2019/003-19-DOP-CC/REL_SENTENCIA_003-19-DOP-CC.pdf

Cornejo, J. (2017). *Derecho Ecuador*. Obtenido de https://www.derechoecuador.com/recurso-de-casacion-en-el-cogep#_ftn1

Corte. (s.f.).

Couture, E. (2014). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: B y F.

Couture, E. (2014). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: B de F.

(1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/ddhh-texto-completo/>

Devis Echandía, H. (1963). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis.

Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Edic. Aguilar.

Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Edic. Aguilar.

Diccionario Jurídico de la Real Academia de Lengua Española. (2019). Obtenido de <https://dle.rae.es/proceso>

Durán, E. (2010). *Los recursos contencioso administrativos*. Quito: Ediciones Abya-Yala.

Estado, C. E. (27 de Marzo de 2019). *Informe respecto al Dictamen N° 003- 19- DOP-CC emitido por la Corte Constitucional*. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/326-ref-cogep-mmoreta-30-01-2017/inf-com-dict-cc-cogec04062019130741879.pdf>

García, F. J. (2003). *Manual de Práctica Procesal Civil, Tomo III*. Obtenido de Manual de Práctica Procesal Civil, Tomo III: <https://www.derechoecuador.com/el-desistimiento-de-la-demanda-en-materia-civil>

Garrido, V. (2016). *Aplicabilidad de los principios de Economía y Celeridad Procesal en El COGEP*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.

Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Guzmán Santa Cruz, R. (1966). *Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile: Talleres de Arancibia Hnos. Coronel Alvarado.

Justicia, C. N. (2015). *Resolución No. 07*. Obtenido de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-07%20Abandono%20de%20los%20juicios.pdf

Justicia, C. N. (2017). *Resolución N° 15*. Obtenido de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-15%20recurso%20de%20apelacion%20conforme%20al%20COGEP.pdf

Justicia, C. N. (2018). *Resolución 004*.

Moreno, L. (2018). *Objeción Parcial por Inconstitucionalidad*. Quito.

Moreta, M. (Enero de 2017). *Asamblea Nacional*. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/326-ref-cogep-mmoreta-30-01-2017/pp-ref-cogep-mmoreta-30-01-2017.pdf>

Nacional, A. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Editora Nacional.

Nacional, A. (18 de Junio de 2018). *Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos*. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/326-ref-cogep-mmoreta-30-01-2017/inf-1d-ref-cogep-19-06-2018.pdf>

Nacional, A. (18 de Octubre de 2018). *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos*. Obtenido de

<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/464f74b7-ae3a-4e45-93af->

[0916cf9b1bb2/Texto%20Aprobado%20en%20el%20Pleno%20de%20la%20Asamblea%20-%20Enviado%20a%20Presidencia.pdf](http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/464f74b7-ae3a-4e45-93af-0916cf9b1bb2/Texto%20Aprobado%20en%20el%20Pleno%20de%20la%20Asamblea%20-%20Enviado%20a%20Presidencia.pdf)

Nacional, C. (2005). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Nacional, C. (2017). *Resolución No. 12*. Obtenido de Pp. 23-24:

http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-12%20Excepciones%20previas.pdf

Nacional, C. (2018). *Resolución No. 04*. Obtenido de

<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2018/18-04%20Fijacion%20de%20alimentos.pdf>

Ossorio, M. (1973). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. . Buenos Aires: Editorial HELIASTA S.R.L.

Palladares, E. (1956). *Diccionario del derecho procesal civil*. México: Editorial Porrúa.

Peñaherrera, V. (1958). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*. Quito: Editorial Universitario.

Permanente, C. L. (2014). *Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Obtenido de

<https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/LEY-DE-LA-JURISDICCION-CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.pdf>

Ponce, L. C. (1987). “*Análisis Histórico de la Caducidad en el Derecho*”. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/59/art/art3.pdf>

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

Sentencia No. C-153/95. (Antonio Barrera 05 de Abril de 1995).

Torres, L. F. (28 de Mayo de 2018). *Asamblea Nacional*. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/611-ref-cogep-ltorres-t328767-31-05-2018/pp-ref-cogep-ltorres-t328767-31-05-2018.pdf>

Ulloa, P. (2019). *Regulación del Abandono procesal en el COGEP y su conflicto con el Derecho Laboral*. Cuenca: Universidad del Azuay.

Zurita, B. A. (2014). *El Patrimonio Familiar obligatorio; su extinción y la Celeridad Procesal*. . Ambato: Universidad Regional Autónoma de los Andes.