



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:**

**La aplicación de la garantía del debido proceso al hacer uso de las licencias de trabajo,  
para evitar el abuso del derecho de los servidores del sector público.**

**AUTORA:**

**Abg. Hernández Alvarado María Gabriela**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE: MAGÍSTER EN**

**DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**Dr. Duque Ruiz Efraín Humberto Msc.**

**Guayaquil, Ecuador**

**2023**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la abogada, María Gabriela Hernández Alvarado, como requerimiento parcial para la obtención del grado académico de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

---

**DR. EFRAÍN DUQUE RUIZ MSC.**

**REVISOR**

---

**DRA. NURIA PEREZ PUIG-MIR**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---

**DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN**

**Guayaquil, a los 05 días del mes de enero del año 2023**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, María Gabriela Hernández Alvarado**

**DECLARO QUE:**

El Proyecto de Investigación **“La aplicación de la garantía del debido proceso al hacer uso de las licencias de trabajo, para evitar el abuso del derecho de los servidores del sector público”**, previa a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría. En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 5 días del mes de enero del año 2023**

**AUTORA**



Firmado electrónicamente por:  
**MARIA GABRIELA  
HERNANDEZ  
ALVARADO**

---

**Abg. María Gabriela Hernández Alvarado**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, María Gabriela Hernández Alvarado**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del grado académico de: Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal titulada: **“La aplicación de la garantía del debido proceso al hacer uso de las licencias de trabajo, para evitar el abuso del derecho de los servidores del sector público”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad total autoría.

**Guayaquil, a los 5 días del mes de enero del año 2023**

**AUTORA**



Firmado electrónicamente por:  
**MARIA GABRIELA  
HERNANDEZ  
ALVARADO**

---

**Abg. María Gabriela Hernández Alvarado**

## INFORME DE URKUND

**URKUND**

<b>Documento</b>	<a href="#">Tesis Ab. Gabriela Hernández - Aprobada (1).(2).(1).docx</a> (D154833092)
<b>Presentado</b>	2023-01-03 12:26 (-05:00)
<b>Presentado por</b>	andres.obando@cu.ucsg.edu.ec
<b>Recibido</b>	miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com
<b>Mensaje</b>	RV: TESIS APROBADA MARIA HHERNANDEZ <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a> 3% de estas 56 páginas, se componen de texto presente en 17 fuentes.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento infinito a Dios, por todas sus bendiciones y por permitirme seguir cumpliendo con mis metas en todos los ámbitos de mi vida.

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, por haberme permitido cursar por sus prestigiosas aulas, que a través de los conocimientos de sus distinguidos docentes han aportado enormemente a mi vida profesional.

**Abg. María Gabriela Hernández Alvarado**

## **DEDICATORIA**

A mis padres **Ciro Fidel Hernández** y **Julia Gicela Alvarado**, pilares fundamentales en mi vida, quienes me han sabido inculcar principios y valores esenciales los cuales han sido aplicados a lo largo de mi vida personal y profesional, así mismo el amor a la educación. A ustedes dos, les dedico este sueño hecho realidad.

A mis hermanas y hermanos **Guissella**, **Mariella**, **Vanessa**, **Ciro** y **Cesar** quienes celebran conmigo día a día cada uno de mis triunfos.

Y, por último, al **Lcdo. Jorge Andrés Macías**, **Psci. Marcos Correa**, **Abg. Bella Merchán**, **Abg. Adriana Estacio**, **Ing. Sharon Gracia**, **Ing. Gina Briones**, por su apoyo incondicional en los momentos dificultosos y en los momentos de felicidad.

**Abg. María Gabriela Hernández Alvarado**

## ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	2
Objeto de estudio.....	4
Campo de estudio .....	5
Delimitación del problema .....	7
Formulación del problema.....	8
Premisa .....	9
Objetivos de la investigación.....	9
Objetivo General.....	9
Objetivos Específicos: .....	10
Métodos Teóricos .....	10
Métodos empíricos .....	11
Novedad científica.....	11
2.1. Supuestos paradigmáticos.....	13
2.2. Teorías Generales.....	17
2.2.1. El debido proceso .....	17
2.2.2. Los principios generales del derecho .....	19
2.2.3. El principio de legalidad.....	21
2.2.4. El derecho a la defensa.....	23
2.2.5. Los principios del Derecho Laboral .....	25

2.2.6.	El Principio Protector .....	26
2.2.7.	Principio de irrenunciabilidad de los derechos.....	28
2.2.8.	Principio de continuidad laboral.....	29
2.2.9.	Principio de Primacía de la Realidad .....	31
2.2.10.	Principio de Razonabilidad .....	32
2.2.11.	Principio de Buena Fe .....	34
2.3.	Teorías sustantivas .....	38
2.3.1.	La teoría del abuso del derecho.....	38
2.3.2.	Naturaleza y ámbito de aplicación del Abuso del Derecho.....	40
2.3.3.	El Abuso del Derecho como figura o institución jurídica .....	42
2.3.4.	El rol del órgano jurisdiccional en relación al abuso del derecho.....	44
2.3.5.	El abuso del derecho en las relaciones laborales.....	47
2.3.6.	Aplicación laboral de la teoría general sobre el abuso del derecho .....	48
2.3.7.	El Fraude a la Ley Laboral .....	50
2.3.8.	Las Licencias de Trabajo.....	52
2.3.9.	Tipos de licencias de trabajo según la Ley Orgánica del Servicio Público.....	53
2.4.	Referentes empíricos.....	57
3.1.	Enfoque de la investigación .....	65
3.1.1.	Enfoque Cualitativo.....	66
3.2.	Alcance de la Investigación .....	67
3.3.	Tipo de investigación.....	70

3.4.	Métodos de investigación .....	71
1.4.1.	Métodos teóricos .....	71
1.4.2.	Métodos Empíricos.....	73
3.5.	Hipótesis de la investigación.....	74
3.6.	Cuadro de Operacionalización de variables de la investigación.....	75
	Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU) en las investigaciones cualitativas .....	76
3.7.	Gestión de datos de la investigación .....	76
3.8.	Paradigmas de la investigación .....	77
3.9.	Criterios éticos de la investigación .....	77
	<b>CAPÍTULO IV</b> .....	<b>78</b>
4.1.	Presentación de los resultados.....	78
4.2.	Presentación de los resultados de las encuestas .....	78
4.3.	Argumentación jurídica de los resultados.....	90
4.4.	Contrastación empírica .....	92
4.5.	La influencia de los resultados para futuras investigaciones jurídicas .....	92
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>94</b>
5.1.	Tema de la Propuesta .....	96
5.2.	Finalidad de la Propuesta .....	96
5.3.	Justificación de la propuesta .....	97
5.4.	Otros aspectos relevantes .....	97

5.5. Desarrollo de la propuesta.....	98
5.6. Validación para el desarrollo de la propuesta .....	101
BIBLIOGRAFÍA .....	102

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1,</b> Métodos Teóricos .....	71
<b>Tabla 2,</b> Métodos Empíricos.....	73
<b>Tabla 3</b> Cuadro de operacionalización de la hipótesis de la investigación .....	74
<b>Tabla 4,</b> Operacionalización de las variables .....	75
<b>Tabla 5,</b> CDIU .....	76
<b>Tabla 6,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 1 de la encuesta.....	79
<b>Tabla 7,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 2 de la encuesta.....	80
<b>Tabla 8,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 3 de la encuesta.....	81
<b>Tabla 9,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 4 de la encuesta.....	82
<b>Tabla 10,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 5 de la encuesta.....	83
<b>Tabla 11,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 6 de la encuesta.....	84
<b>Tabla 12,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 7 de la encuesta.....	85
<b>Tabla 13,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 8 de la encuesta.....	87
<b>Tabla 14,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 9 de la encuesta.....	88
<b>Tabla 15,</b> Descripción de variables de la pregunta No. 10 de la encuesta.....	89

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1,</b> Conocimiento de la normativa legal establecida dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público .....	79
<b>Figura 2,</b> Conocimiento del Abuso del Derecho .....	80
<b>Figura 3,</b> Principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres para regular y cumplir un derecho u obligación .....	81
<b>Figura 4,</b> Acto abusivo de derecho realizado por el servidor público.....	82
<b>Figura 5,</b> Acto abusivo de derecho realizado por el servidor público debe ser causal de destitución .....	83
<b>Figura 6,</b> Vulneración de las garantías básicas del debido proceso .....	84
<b>Figura 7,</b> Inobservancia de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo en el sector público.....	86
<b>Figura 8,</b> El incumplimiento de las garantías constitucionales genera inseguridad jurídica .	87
<b>Figura 9,</b> Sanciones y responsabilidades a los actos abusivos de derecho realizado por el servidor público.....	88
<b>Figura 10,</b> Reforma a la LOSEP para garantizar la efectiva aplicación del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo .....	89

## RESUMEN

El enfoque del presente trabajo de investigación, se centra en el estudio de los instrumentos jurídicos aplicables en las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores en el sector público frente al abuso del derecho, el mismo que surge cuando un derecho es ejercido arbitrariamente sin respetar los límites para su aplicación, conforme a lo que determina la normativa que lo reconoce o le otorga la facultad de solicitar licencias de trabajo. Los métodos empleados tienen un enfoque cualitativo con categoría no experimental que permite el análisis de supuestos teóricos, normativos y jurisprudenciales del debido proceso en las relaciones laborales, el abuso del derecho y las licencias en el trabajo; para lo cual se aplicó la técnica de la encuesta, obteniendo resultados satisfactorios, ya que efectivamente nuestro sistema jurídico comprendido en la Ley Orgánica de Servicio Público, no regula el ejercicio de los derechos de los servidores públicos, pues no se encuentran previstas las prohibiciones, consecuencias, responsabilidades y sanciones, a los actos abusivos con los que se violan las garantías básicas del debido proceso, haciéndose necesario Reformar la Ley Orgánica de Servicio Público, con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos al tramitar las licencias de trabajo.

**Descriptores:** El debido proceso, sector público, servidor público, las licencias de trabajo, el abuso del derecho.

## **ABSTRACT**

The focus of this research work focuses on the study of the legal instruments applicable in labor relations between employers and workers in the public sector abuse against the right, the same that arises when a right is exercised arbitrarily without respecting the limits for its application, in accordance with what is determined by the regulations that recognize it or grant it the power to request work licenses. The methods used have a qualitative approach with a non-experimental category that allows the analysis of theoretical assumptions, regulatory and jurisprudential abuse of due process in labor relations, law and work licenses; for which the survey technique was applied, obtaining satisfactory results, since effectively our legal system included in the Organic Law of Public Service, does not regulate the exercise of the rights of public servants, since the prohibitions were not foreseen, consequences, responsibilities and sanctions, to abusive acts with which the basic guarantees of due process are violated, making it necessary to reform the Organic Law of Public Service, in order to avoid the abusive exercise of rights by public servants to process work licenses.

**Descriptors:** Due process, public sector, public servant, work licenses, abuse of law.

# CAPÍTULO I

## DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

### **Introducción**

Desde el punto de vista académico, el estudio de los instrumentos jurídicos aplicables en las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores en el sector público y privado es indispensable, considerando que estas son reguladas por la Constitución de la República, diferentes leyes orgánicas y ordinarias, como el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público.

A partir de la Constitución de la República del Ecuador que entró en vigor en el año 2008, se han realizado grandes cambios dentro de las relaciones laborales en el sector público y privado; entre los principales tenemos, la no discriminación en el trabajo, la protección a la mujer embarazada y en periodo de lactancia, a los adultos mayores, dirigentes sindicales; se estableció la licencia por paternidad; se garantiza la rehabilitación del trabajador posterior al accidente de trabajo o enfermedad, el mismo que será reintegrado a su lugar de trabajo; se ratifica la eliminación de la tercerización e intermediación laboral y el contrato por horas, entre otros (Loyola, 2016).

Ahora bien, el Código de Trabajo regula las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores del sector privado, así como de los obreros del sector público, con una recopilación de distintos contenidos incorporados a la legislación ecuatoriana vigentes desde el año 1916 hasta la actualidad; así por ejemplo, regula la jornada de trabajo, la cual comprende ahora ocho horas con descanso los días sábados, domingos y feriados; la indemnización por accidentes de trabajo; la protección de los trabajadores en sus actividades profesionales, la protección a la

maternidad y lactancia, a los menores de edad y mujeres, garantiza el derecho a la jubilación, el salario básico, entre otros (Farinango, 2014).

Mientras que, Ley Orgánica del Servicio Público regula el régimen laboral en las instituciones públicas, con un amplio contenido sobre el desarrollo de sus funciones y su trascendencia en el trabajo, siendo un pilar importante en la administración pública. Según Villavicencio Logroño (2020) de la norma legal antes descrita se desprende que "...el servicio público está orientado al mejoramiento continuo profesional y de toda índole de los servidores públicos" (p. 367), lo cual no sorprende ya que ellos prestan sus servicios con la finalidad de cumplir con los objetivos establecidos en la administración pública, amparados bajo los principios de calidad, planificación, jerarquía, eficiencia, desconcentración, coordinación, eficacia, descentralización, participación, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, entre otros, para el correcto funcionamiento de la institución pública.

No obstante, los beneficio de los administrados, no impide que los principios que rigen a los trabajadores, tales como disciplina laboral, se encuentren regulados en la Ley Orgánica de Servicio Público, que serán aplicados dentro de la relación laboral de sus servidores con la administración pública; aclarando que además de los principios que rigen en la disciplina de Derecho Administrativo, a quien preste sus servicios en el sector público como servidor público, les son aplicables otros principios concernientes a sus funciones individuales.

Desde la perspectiva del presente estudio, es importante indicar que dentro del marco normativo vigente en el Ecuador, a los trabajadores como a los servidores del sector público, se les concede algunas licencias que pueden ser solicitadas al empleador, por circunstancias especiales que la misma ley consagra, destacándose así: Con remuneración por maternidad, por

paternidad, por adopción, por enfermedad del trabajador, por enfermedad de hijos, por fallecimiento de un familiar y por estudios; así como otras sin remuneración.

### **Objeto de estudio**

El objeto de estudio se centra en el análisis del abuso del derecho en la tramitación de las licencias de trabajo de los servidores públicos, frente a la necesidad de que se apliquen las formalidades y garantías mínimas del debido proceso, a fin de que tanto la administración pública (empleadora) como el servidor público, hagan prevalecer sus derechos y defender sus intereses de manera eficaz y efectiva, para que no afecte sus relaciones laborales.

El debido proceso, es una de las principales garantías de protección que un Estado de Derecho otorga a toda persona; en el presente caso, el desarrollo efectivo de la relación laboral. Según la Escuela Nacional Sindical (2018) el debido proceso es “...un derecho fundamental que exige el respeto de garantías, tales como la defensa, la contradicción, la posibilidad de probar o de presentar recursos, en el marco de un procedimiento que lo permita”.

Por su parte, Rescia (2005) manifestó que el debido proceso busca la:

... Confirmación de la legalidad y correcta aplicación de la ley en el marco de un mínimo respeto a la dignidad humana en cualquier tipo de proceso, entendido como una actividad compleja, gradual y metódica realizada según reglas preestablecidas, cuyo resultado será la expedición de normas de actos individuales (sentencias) con el objeto de declarar el derecho sustantivo aplicable a un caso particular (p. 1295).

Ahora bien, en los procedimientos laborales, se debe tomar en cuenta el rol fundamental que cumple el derecho al debido proceso para el servidor público, pues el mismo se encuentra revestido de amplias facultades, tales como, el derecho a ejercer la defensa, contradicción,

contar con las pruebas y el tiempo prudencial para preparar una adecuada defensa, entre otros, debiéndose orientar su actuación conforme los principios laborales.

### **Campo de estudio**

Se centraliza en el abuso del derecho en la tramitación de las licencias de trabajo de los servidores en el sector público; pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el ejercicio de los derechos está sujeto a ciertos límites impuestos de manera genérica por la ley. Según el autor Zerga (2010) dentro de la normativa legal, el abuso del derecho no se puede proteger recalando que “no se puede amparar el abuso del derecho porque los lineamientos constitucionales que forman parte de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos” (p.13).

Por su parte Carrasco (2017) manifiesta que:

...el abuso del derecho genera debates entre los autores y en que se trata de un tema que se revela como determinante a la hora de la aplicación de la norma jurídica al caso concreto, en especial en la relación individual de trabajo en que las profundamente distintas circunstancias en que se encuentran las partes, es terreno fértil para los abusos de quienes se suponen son el motor de la economía de un país (p. 1).

En el ámbito laboral, desconocer u omitir la aplicación de algún derecho acarrea una fuerte violación de ellos, afirmados en el derecho civil, laboral y constitucional de los trabajadores y empleadores, generando la negativa a su reconocimiento, por lo que, la figura del abuso del derecho, conduce a la contradictoria lógica y normativa entre el servidor y empleador.

Además, Espeche L. V. (2016) manifestó sobre el abuso del derecho en el ámbito de las

relaciones laborales lo siguiente: "...la violación del deber de actuar de buena fe y la conducta abusiva puede generar responsabilidad. (...) la admisión de la pretensión de reparación del perjuicio requiere la acreditación de la conducta abusiva". (p. 6).

Mientras que, la licencia de trabajo es un derecho que tiene todo trabajador y que debe ser concedido por el empleador con la finalidad de ausentarse justificadamente del lugar de trabajo.

Según SECCLO (2015) las licencias de trabajo o licencias laborales son:

... una protección que otorga la ley al trabajador, frente a una enfermedad, cualquiera sea el origen de esta, por ejemplo; licencia por stress laboral, o licencia por gripe o duelo. Estas licencias le permiten al trabajador suspender temporalmente la obligación de trabajar, conservando intacto su derecho al cobro del salario hasta su reingreso (p. 15).

El autor Garcia (2019) sobre las licencias de trabajo mencionó que "...son los permisos que debe otorgar el empleador al trabajador para que se ausente por determinado tiempo de sus funciones" haciendo énfasis sobre la división de las licencias tales como reglamentarias y no reglamentarias, estableciendo lo siguiente: "...las licencias reglamentarias son aquellos permisos regulados por la ley, no negociables y de obligatorio cumplimiento cuando se solicita. Las licencias no reglamentarias, son los permisos que resultan del libre albedrío del empleador, y pueden ser o no remuneradas" (p. 34).

En tanto que, el autor Palacios (2013) sobre la licencia de trabajo manifestó lo siguiente:

La licencia es la autorización que se concede a los colaboradores para no asistir a su puesto de trabajo por uno o más días. El uso del derecho se inicia a solicitud del trabajador y debe contar con la conformidad del gerente o jefe de recursos humanos,

teniendo en cuenta los requisitos exigidos por las normas para cada tipo de licencia.

Las licencias se clasifican en: licencia con goce de remuneración, licencia sin goce de remuneración, licencia a cuenta del período vacacional (p. 6).

Si dentro de las relaciones laborales se niega la aplicación de uno o más derechos laborales reconocidos en la Constitución de la República, el Código del Trabajo, la Ley Orgánica de Servicio Público y demás normativa legal que los regula, se abusa y actúa sin derecho, fuera del ejercicio acordado en las normas nacionales.

### **Delimitación del problema**

En el Ecuador se enmarca un mal uso del principio de buena fe de los servidores públicos, al momento de tramitar las licencias de trabajo en una institución pública, lo que se refleja en los casos del economista y ex candidato presidencial Andrés Arauz y la ex vicepresidenta de la República señora María Alejandra Vicuña, que se detallan a continuación:

En el primer caso, según Informe Técnico Nro. BCE-DATH-218-2020, suscrito por Jhonathan Alain Richards Naranjo, Director de Administración del Talento Humano - Banco Central del Ecuador de fecha 8 de mayo del 2020, menciona que en el año 2017 Arauz solicitó una licencia sin remuneración por el lapso de 4 años amparado a lo que determina el artículo 28, literal B, de la LOSEP, la misma que le fue concedida por Banco Central del Ecuador, existiendo una transgresión a la LOSEP y otras normativas, como primer punto el lapso de 4 años de licencia cuando el literal antes descrito indica 2 años y el pago de la indemnización por la compra de la renuncia, cuando Andrés Arauz tomó licencia sin sueldo desde el año 2017.

En el segundo caso, la señora María Alejandra Vicuña, Ex Ministra de Vivienda y ex Vicepresidenta del Ecuador, desde el 2009 hasta el 2018, obtuvo licencias por parte del Servicio

de Rentas Internas (SRI) para ocupar otros cargos públicos, tales como, asambleísta en dos periodos, para ser Ministra de Vivienda y Vicepresidenta del Ecuador; luego de ejercer dichas funciones en el año 2018 volvió al Servicio de Rentas Internas para ocupar su cargo en la Coordinación de Talento Humano del SRI, tomando en consideración que se puede otorgar una licencia de hasta seis años, pero, exclusivamente, para asumir de manera encargada o subrogante ese puesto mas no como titular, por lo que la licencia no fue legal y Vicuña debió haber perdido la carrera de servicio público.

En ambos casos presentados, existió una vulneración de la Ley Orgánica de Servicio Público, por lo que surge la siguiente interrogante: ¿El caso de Arauz y Vicuña revela fallas de control o privilegios estatales? Bajo estas consideraciones, el mal uso de la garantía del debido proceso por parte de los servidores públicos al tramitar las licencias de trabajo genera un abuso del derecho, es un tema que ha sido elevado en la práctica porque no se protegen las disposiciones establecidas por el derecho positivo. Así es como se abordan cuestiones de actualidad que involucran y contravienen los principios éticos, la integridad y las buenas costumbres, frente a tales conductas dolosas, culposas o negligentes.

### **Formulación del problema**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se evidencia la falta de una norma legal que regule el ejercicio abusivo de los derechos, especialmente al momento de aplicar una Licencia de trabajo en el sector público, lo que produce una vulneración a la Ley Orgánica de Servicio Público, por lo que se pregunta: ¿La falta de una norma legal que limite el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos al momento de aplicar una licencia de trabajo, vulnera el principio del debido proceso generando privilegios en las instituciones públicas?

## **Premisa**

Sobre la base de la fundamentación teórica y doctrinaria sobre el debido proceso, el abuso del derecho, como un estudio normativo sobre las licencias de trabajo en el sector público, conforme la Ley Orgánica de Servicio Público; así como de los precedentes jurisprudenciales, como las sentencias de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el: caso Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta, Judicial Nro. 13, de fecha 22 de julio de 2003; y, el caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial Nro. 12 de fecha 5 de marzo de 2003, nos permiten establecer los principios éticos, morales, la buena fe y la práctica de las buenas costumbres, como una necesidad imperiosa en el ejercicio de un derecho o cumplimiento de una obligación.

Las encuestas realizadas a 200 profesionales del derecho en libre ejercicio en la provincia de Los Ríos, nos permitirá establecer la viabilidad de la aplicación del debido proceso en el ejercicio de los derechos al momento de aplicar las licencias de trabajo, con la finalidad de limitar el ejercicio abusivo de los derechos de los servidores públicos. Por lo que se propone un proyecto de Ley Reformatoria para establecer límites al ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus garantías constitucionales y legales, estableciendo una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público, considerando los principios éticos y las buenas costumbres, especialmente al momento de que los servidores del sector público apliquen las licencias de trabajo.

## **Objetivos de la investigación**

### **Objetivo General**

Efectuar un estudio crítico de la Ley Orgánica del Servicio Público, para establecer el procedimiento a seguirse para el ejercicio del derecho a las licencias de trabajo, de acuerdo al principio constitucional del debido proceso, con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de los derechos.

### **Objetivos Específicos:**

Son los que a continuación se detallan en el presente trabajo de estudio:

1. Fundamentar los presupuestos teóricos y doctrinarios del debido proceso en las relaciones laborales,
2. Establecer casos en los que se han producido el abuso del derecho al aplicar las licencias de trabajo en el sector público.
3. Diagnosticar la situación actual de la aplicación de las licencias de trabajo en el sector público, mediante encuestas realizada a los abogados en libre ejercicio de la provincia de Los Ríos, que permitan establecer si existe un abuso del derecho.
4. Proponer un anteproyecto de Ley Reformatoria al artículo 27 de la LOSEP, a fin de garantizar la efectiva aplicación de la garantía del debido proceso en el derecho laboral y así no amparar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos.

### **Métodos Teóricos**

Se aplica el análisis y la sistematización jurídica y doctrinal sobre las garantías básicas del debido proceso en el derecho laboral, la teoría general sobre el abuso del derecho, partiendo de los principales aspectos que se dan en torno a la aplicación de las licencias de trabajo en el

sector público, para así identificar las normativas jurídicas vigentes que permitan determinar los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres, que deben aplicarse para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.

Se consideran también los métodos de análisis de contenido, dialéctico, tomando en consideración los trabajos desarrollados por distintos autores y los precedentes judiciales que guardan relación con el presente trabajo de investigación.

### **Métodos empíricos**

Se aplican encuestas a los abogados en libre ejercicio de la provincia de Los Ríos, que permitirán establecer la pertinencia del ejercicio del derecho al debido proceso, en la aplicación de las licencias de trabajo establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público, sin permitir el abuso del derecho.

### **Novedad científica**

Este trabajo de investigación no ha sido abordado anteriormente, por lo que no se tienen precedentes doctrinarios al respecto, por lo que constituye una primicia establecer lo que podría hacerse para evitar el ejercicio abusivo del derecho de ciertos servidores públicos, los cuales por el interés personal han empleado mecanismos carentes de ética y moral que, obviamente, afecta la imagen de la administración pública, lo que ha sido objeto de críticas y de mal ejemplo en cuanto al uso del poder o influencias para obtener un provecho, en desmedro de los derechos de otros servidores que han seguido el procedimiento conforme la ley.

Los beneficiarios en primera línea serán las instituciones públicas, que tendrán que revisar cómo se viene ejerciendo el derecho al debido proceso en la aplicación de las licencias de

trabajo, para evitar el abuso de ciertos servidores públicos, en desmedro de otros que lo hacen conforme la normativa legal. En este sentido, es importante revisar la Ley Orgánica de Servicio Público, para incorporar disposiciones que protejan los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres, en el desempeño de las funciones de los servidores públicos, para cuando tengan que plantear licencias de trabajo, sean aplicados de manera eficaz en el sector público evitando así el abuso del derecho, que beneficia a unos servidores pero en desmedro de otros que no utilizan estos mecanismos, que al ser descubiertos afectan la imagen de la administración pública.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Supuestos paradigmáticos**

El presente capítulo se encargará de fundamentar los sustentos doctrinarios, teóricos, jurisprudenciales y normativos sobre la institución jurídica del debido proceso en las relaciones laborales, el abuso del derecho en la aplicación de las licencias de trabajos en el sector público en el Ecuador, realizando un análisis de la Ley Orgánica de Servicio Público, a fin de establecer la pertinencia de continuar con la normativa existente o buscar mecanismos para una correcta aplicación de la garantía del debido proceso en su tramitación, para el imperio de la ética y las buenas costumbres.

Desde esta perspectiva, se va a detallar con referencias y contextualizaciones sobre el debido proceso en el derecho laboral, los principios generales del derecho y los principios del derecho laboral, como los de legalidad, protector, irrenunciabilidad de los derechos, continuidad laboral, primacía de la realidad, razonabilidad, buena fe; y, los aspectos más relevantes sobre el abuso del derecho como figura o institución jurídica, su naturaleza y ámbito de aplicación; el fraude a la Ley Laboral; así como las licencias de trabajo, sus tipos según la Ley Orgánica del Servicio Público.

En las relaciones laborales se deben observar las garantías básicas del debido proceso, a fin de no vulnerar los derechos fundamentales del trabajador y empleador.

Con todo esto, se debe entender cuál es la realidad jurídica que existe en el Ecuador sobre el mal uso del principio de buena fe de los servidores públicos, al momento de aplicar las licencias

de trabajo dentro de las relaciones laborales, por ejemplo:

El caso del economista y ex candidato presidencial Andrés Arauz, quien era un servidor de carrera del Banco Central del Ecuador, que fue desvinculado en el año 2020 a través de la figura jurídica de compra de renuncia obligatoria con indemnización, estipulada dentro del Decreto Ejecutivo Nro. 813-2011; pero anterior a su renuncia, Verónica Artola, Gerente del Banco Central del Ecuador (BCE) – indicó que en el año 2017 Arauz solicitó una licencia sin remuneración por el lapso de 4 años amparado a lo que determina el artículo 28, literal B, de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece textualmente lo siguiente:

...b) Con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, previa autorización de la autoridad nominadora, para efectuar estudios regulares de posgrado en instituciones de educación superior, hasta por un periodo de dos años, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos dos años de servicio en la institución donde trabaja (p. 3). (Lo subrayado me pertenece).

Según el Informe Técnico Nro. BCE-DATH-218-2020, suscrito por Jhonathan Alain Richards Naranjo, Director de Administración del Talento Humano - Banco Central del Ecuador, para Janeth Oliva Maldonado Román, Subgerente General - Banco Central del Ecuador, de fecha 8 de mayo del 2020, el mismo que en lo principal indica:

El cálculo de la indemnización para la compra de renuncia con indemnización del servidor Andrés David Arauz Galarza con partida 22000001-SPU12CBA2G12-06180, Especialista de Sistemas de Pago 1, asciende a veinte y siete mil quinientos ochenta y tres dólares con 33/100 (USD 27,583.33) (p. 10).

Existiendo una transgresión a la Ley Orgánica de Servicio Público, como primer punto, el

lapso de 4 años de licencia cuando el literal antes descrito indica 2 años; y segundo, el pago de la indemnización por la compra de la renuncia, cuando Andrés Arauz tomó licencia sin sueldo en el Banco Central del Ecuador desde el 24 de septiembre de 2017, conforme Acción de Personal Nro. GMTTH-0035-2017, y el 5 de mayo del 2020 se realiza la compra de renuncia con indemnización, conforme Informe Técnico Nro. BCE-DATH-218-2020.

Otro caso público es el de la señora María Alejandra Vicuña, Ex Ministra de Vivienda y ex Vicepresidenta del Ecuador, la cual obtuvo licencias para ocupar otros cargos públicos, el Servicio de Rentas Internas (SRI) le otorgó una licencia para ser asambleísta por ocho años en los períodos 2009-2013 y 2013-2017; posterior se le otorgó licencia sin remuneración para ser Ministra de Vivienda y Vicepresidenta del Ecuador y luego de ejercer dichas funciones en el años 2018, volvió al Servicio de Rentas Internas para ocupar su cargo en la Coordinación de Talento Humano del SRI, luego de renunciar a la Vicepresidencia por una investigación por el delito de concusión.

El ex Ministro de Trabajo, Raúl Ledesma aclaró que “...el SRI es la única institución responsable de las acciones y omisiones en el caso de las licencias concedidas a María Alejandra Vicuña para ocupar otros cargos públicos”; además sobre la licencia concedida a Vicuña para cuando se postuló y fue electa como asambleísta en los dos períodos anteriores el ex Ministro indicó que: “...sí era procedente una licencia sin remuneración por lo que en ese caso no hubo ninguna violación a la ley”, pero en la licencia dada por el SRI para ocupar el cargo de Ministra de Vivienda, respondió que:

...se puede otorgar una licencia de hasta seis años, pero, exclusivamente, para asumir de manera encargada o subrogante ese puesto. Pero no como titular, por lo

que la licencia no fue legal y Vicuña debió haber perdido la carrera de servicio público (p. 11) (González, 2019).

Lo mismo ocurrió cuando Vicuña asumió como Vicepresidenta de la República, el ex Ministro Ledesma explico sobre la licencia sin remuneración que fue otorgada a la señora María Alejandra Vicuña indicado lo siguiente “La licencia sin remuneración que otorgaron a la señora María Alejandra Vicuña (...) para actuar en reemplazo de un dignatario de elección popular era improcedente (...) cuando fue encargada era procedente porque era por 90 días, pero cuando se titularizó no”, existiendo una nueva vulneración de la Ley Orgánica de Servicio Público y otras normativas.

Ahora bien, el abuso del derecho está expresamente tipificado en la ley desde el 2012 mediante Registro Oficial Nro. 797, esto fue incorporado en el Código Civil en su artículo innumerado posterior al 36 que establece "... Constituye abuso del derecho cuando el titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal manera surte que se perviertan o se desvíen deliberadamente y voluntariamente los fines del ordenamiento jurídico" (p. 24).; no obstante, en el ámbito laboral del sector público no se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público, que trata de las prohibiciones, consecuencias, responsabilidades y sanciones a los actos abusivos de los derechos laborales.

Bajo estas consideraciones, se deduce que el abuso del derecho en las relaciones laborales en el sector público es un problema que, en la práctica, se ha presentado desde siempre en los altos mandos, debido a que en la regulación establecida en el derecho positivo no se encuentra el ejercicio abusivo de los derechos, para dar solución al presente problema que involucra e infringe los principios éticos, morales, la buena fe y las buenas costumbres, frente a esta

conducta dolosa, culposa, intencional o negligente.

## **2.2. Teorías Generales**

### **2.2.1. El debido proceso**

En cuanto al debido proceso, existe doctrina nacional e internacional que hace referencia de su importancia, pues, es un derecho fundamental que comprende garantías básicas como es el derecho a la defensa, la contradicción de la prueba, el cumplimiento de normas, la interposición de algún recurso como parte del proceso. En materia laboral, esto significa que en un proceso, el trabajador, desde la citación debe tener una garantía mínima para defenderse, un procedimiento predeterminado y con claridad y con absoluto respeto a su dignidad; en tanto que para los empleadores, estos no sean tomados por sorpresa por medidas arbitrarias de autoridades, ya que, la imposición de sanciones viola las garantías constitucionales de un proceso justo (ENS, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultativa Nro. 16 (1999) con respecto al debido proceso legal, se ha pronunciado de la siguiente manera:

...para que exista un debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características, generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (p. 20).

Sin duda, el derecho laboral se encuentra en el ámbito de los derechos sociales, cuando en la práctica los trabajadores se encuentran en una desventaja considerable al demostrar que esta

situación genera desigualdad en la gestión privada de la legislación, donde los legisladores deben tomar medidas correctivas, por ejemplo, para reducir la brecha evidente entre empleador-empleado que impide el acceso adecuado a la justicia (Cabrera, 2020).

Así mismo, García Ramírez reseñado Cabrera (2020) indicó:

...El debido proceso, entraña, igualdad de armas entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador y en el otro el empleador (...) que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo, (...) el poder público debe incorporar, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección (p. 56).

Es importante reflexionar sobre lo que el autor Alarcón (2019) denomina debido proceso o juicio justo, considerado como un derecho fundamental de la justicia a través de la adjudicación y el debido proceso. Es un derecho fundamental instrumental que comprende un conjunto de derechos fundamentales destinados a impedir la libertad y el derecho del individuo a ser sometido a sumisión, en ausencia o incongruencia con un proceso o procedimiento.

La Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia Nro. T-800 (2002 ), defendiendo los derechos de los trabajadores despedidos por causas claras y legítimas, señala que no se respetaron los procedimientos, manifestando que:

...el 15 de febrero de 2002, se extinguió el contrato de trabajo ese mismo día por período de prueba, sin derechos. Razones como se describió anteriormente, y sin especificar los detalles en cuanto a la razón real del despido anterior, reconociendo que, antes del juicio del juez en la corte, el maestro no tuvo oportunidad de escuchar y disputar las alegaciones o acusaciones antes de la terminación. Como resultado, la agencia Zoraida

Cadavid de Sierra violó el derecho del peticionario a un juicio justo bajo los Artículos. 29 de la Constitución Política (p. 24).

### **2.2.2. Los principios generales del derecho**

Constituyen la fuente última de recurso a la que deben acudir los Jueces cuando necesitan subsanar lagunas o deficiencias jurídicas, son los fundamentos principales generalmente aceptados en la ciencia jurídica sobre los que se construye su estructura; son como axiomas, con un sentido justo y común. El contenido es tan obvio que requiere poca demostración. Estos principios se forman a partir de las ideas subyacentes de las que se originaron y se derivan de los procedimientos de generalización, de las disposiciones de la ley escrita y de los factores históricos y éticos que la rigen.

El español Legaz y Lacambra reseñado por los autores Alcívar Trejo, Calderón Cisneros, & Ortíz Chimbo (2015) indica que:

...Los principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta: principios de derecho natural. Pero en tanto que se hable de estos principios, no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva; de lo contrario, su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente de derecho (p. 34).

Sentado ello, podemos decir que los principios generales del derecho cumplen varias y distintas funciones, pero se expresan entre sí y se relacionan con su esencia; valor prescrito o alcance cognoscitivo, para aclarar el sentido de la norma o para dar su justificación, e incluso la integración de nuevas formulaciones jurídicas. Según el autor (Lico, 2015). Los principios

generales del derecho se dividen básicamente en tres etapas, las dos primeras supondrán principios jurídicos, en la tercera serán generales. Primero, proporcionar solidez y confirmación para las soluciones que se encuentran en la ley o la costumbre. En segundo lugar, enriquecer las normas aisladas del derecho, ampliar su eficacia y ámbito de aplicación, y derivar los principios más generales y básicos de un gran número de cláusulas específicas. Finalmente, una tercera fase, en la que se presentan complementando el derecho positivo y creando nuevas reglas de solución, formulando un derecho nuevo fuera y aparte del promulgado.

Ahora bien, Zamarraga (2005) sobre los principios generales del derecho manifestó que es “...un sistema de normas jurídicas, obligatorias, y jerarquizadas que rigen la conducta de los hombres en sociedad, abalizadas por la fuerza coercitiva del Estado, cuya realidad es alcanzar la justicia, el orden, la paz, la seguridad y el bien común” (p. 29); por último, Luño (1997) manifestó que los principios generales del derecho son “...uno de los fenómenos jurídicos que conforman la categoría del *ius involuntarium*, por contraposición al *ius voluntarium*, o sea, el derecho positivo expresión de la voluntad estatal y formulado a través de las normas legales” (p. 19).

En resumen, los principios generales del derecho también pueden entenderse en su dimensión axiológica como principios primarios, axiomas o supuestos éticos que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico. En este sentido lingüístico, los principios se consideran legítimos porque el derecho se refiere a ellos como términos o normas del deseo, y así cuando las normas apelan a principios que expresan las exigencias básicas de los valores de justicia, bien común, moral o *ethos social*; o en el caso de los principios de universalidad normativa, claridad, irretroactividad, coherencia y probabilidad de observancia, es decir, la exigencia de seguridad

jurídica, por entenderse parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho.

### **2.2.3. El principio de legalidad**

En la Sentencia Nro. SCP 2159 (2013) dictada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Colombia, mencionó que el principio de legalidad significaba: "...una garantía mediante la cual ningún hecho podía ser considerado delictivo si una ley no lo hubiera declarado así con anterioridad a su perpetración, ni podía imponerse pena alguna que no estuviese previamente establecida por la ley" (p. 26). En ese sentido, los principios de la ley aseguran que las agencias estatales se realicen en una base de los cauces legítimamente constituidos, y por lo tanto su realidad es la protección de los derechos de los ciudadanos y un procedimiento de manifestación básica.

Para el jurista Carbonell, reseñado por Velasco (2010), hace referencia sobre la crisis del principio de legalidad mencionado lo siguiente:

...En el primer aspecto, la crisis afecta el principio de legalidad que, como ya se dijo, es una norma de reconocimiento propia del estado legislativo. Sus orígenes se deben a dos factores: la inflación legislativa y un lenguaje legal disfuncional, resultado de una política que relegó la legislación a la administración, desdibujando la distinción entre las dos funciones del dominio de origen y el dominio de contenido. Ahora hay decenas de miles de leyes en todos los sistemas legales avanzados, y cada vez que se promulgan en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, a veces crean un intrincado laberinto de enredos y regulaciones; tanto que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de la ignoratia legis en materia penal no excusa (p. 16).

Ahora bien, la autora Trujillo (2022) hace una descripción del principio de legalidad aplicado en distintas jurisdicciones, tomando en consideración que este principio tiene un significado común y es la sujeción a la ley, no obstante, existen diferencias que la autora mencionó:

...El principio de legalidad en el derecho penal significa que las conductas deben estar contenidas en una norma escrita para que los ciudadanos conozcan qué conducta está prohibida y su sanción. No hay delito sin que esté tipificado, es decir, sin que se encuentre desarrollado en una norma. En el derecho civil, significa que una persona no podrá ejercer una acción contra otra persona si no está comprendida dentro de las leyes civiles. En el derecho tributario, consiste en que todos los tributos deben estar establecidos en una ley, para que el contribuyente conozca sus características. En derecho administrativo, consiste en que las sanciones administrativas podrán imponerse si el hecho que las provoca está contenido en una ley (p. 10).

Y, por último, el autor Oyarte (2010) mencionó sobre el principio de legalidad o de reserva de ley, que "...en la actualidad, se deriva en dos vertientes: la legalidad en la tipificación de infracciones y la legalidad en el establecimiento de sanciones" (p. 17); cabe recordar que antes de la Constitución de 1998, se extendía a un tercer aspecto relacionado con el procedimiento. La tipificación de los delitos y el establecimiento de las sanciones es una cuestión de derecho que constituye no sólo un requisito formal, sino también el cumplimiento de una garantía general dentro del debido proceso, de que nadie puede ser juzgado o sancionado por haber cometido un acto no tipificado por la ley y no se aplican sanciones no previstas en la Constitución o la ley.

En términos generales, legalidad significa obedecer la ley. El principio de legalidad se

conoce como el principio de que la autoridad pública está obligada por la ley, sus actos deben ajustarse a la ley y son punibles con la nulidad. En otras palabras, toda acción de una autoridad pública que no se ajuste a la ley. Se entiende que esta regla se aplica en particular, pero no se limita a las acciones estatales que puedan afectar los derechos subjetivos de los ciudadanos, restringirlos o suprimirlos, por lo que la legalidad de este principio tiene una evidente función de garantía.

#### **2.2.4. El derecho a la defensa**

Es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y en los textos de derechos humanos y debe ser garantizado en todo proceso judicial o administrativo. Este derecho es parte del debido proceso y requisito indispensable para su eficacia. Además, comprende el ejercicio de las posibilidades jurídicas y materiales para proteger los derechos e intereses de las personas ante los tribunales y autoridades, a fin de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y contradicción entre las partes; asimismo, constituye un derecho irrestricto por ser un derecho fundamental absoluto.

Por su parte, Alfredo Vélez citado por Sarango (2019) con respecto al derecho a la defensa sostiene lo siguiente:

...El derecho de defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido (p. 63).

El derecho a la defensa comprende tiempo y medios apropiados para preparar la defensa, audiencia rápida y en igualdad de condiciones, el procedimiento debe ser público, se prohíbe el interrogatorio sin la presencia de abogado particular de su elección o defensor público, o fuera de los recintos habilitados para tal fin, gratuita asistencia de un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en que se desarrolla el proceso.

El autor Briones (2018) manifiesta:

...el derecho a la defensa en el ámbito constitucional y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, garantiza un equilibrio en las facultades que tiene el sujeto procesal, básicamente para contradecir la prueba de cargo, aportar medios de prueba que consoliden su condición e impugnar las decisiones legales que le sean contrarias, objetivo político de un Estado constitucional de derechos y justicia (p. 7).

El jurista Sarango (2019) manifiesta que, el derecho a la defensa es aplicable en cualquiera de las fases del procedimiento y que tiene como objetivo: "...asegurar la ejecución de los principios procesales de contradicción, que asigna a los juzgadores el compromiso de impedir variabilidades procesales entre las partes, y frenar las limitaciones que cualesquiera de las partes consigan converger en un contexto de indefensión" (p. 64). En virtud de lo antes expuesto se puede desglosar que, la indefensión se origina cuando la transgresión de una norma procesal induce a una restricción del derecho a la defensa, ocasionando un detrimento inalterable para alguna de las partes, lo cual provoca una violación de este derecho, cuando se despoja al justiciable de medios de defensa efectivos dentro de los medios que la ley adjetiva establece.

### **2.2.5. Los principios del Derecho Laboral**

En relación a los principios del derecho laboral acreditados por nuestra normativa legal, jurisprudencias y doctrina, es importante reseñar lo manifestado por el autor Alonso García, el cual indicó que: “...son aquellas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo, con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho”; por su parte, Dworkin citado por Obregón (2019) manifestó que: “...los principios del Derecho del Trabajo son estándares que han de ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 2).

En efecto, dado que el derecho laboral es una disciplina que intenta crear un equilibrio entre los sujetos de la relación de trabajo, dadas las aparentes desigualdades entre las partes, los principios del derecho laboral configuran aquellos parámetros básicos que deben inspirar su formulación, interpretación y aplicación; además de que, fuera de fuentes indirectas de inspiración, ya sea a través de la interpretación, aplicación o integración normativa, se convierte en un medio directo de resolución de conflictos.

El autor Pla (2019) hace referencia de varios principios laborales propios de esta disciplina, que lo distinguen de las otras ramas del derecho. Asimismo, las normas establecidas en convenios y tratados ratificados por nuestro país, así como leyes en materia laboral se aplicarán a las situaciones específicas a que se refieren, y detalla los principales principios laborales, tales como la irrenunciabilidad, intangibilidad, In dubio Pro-Operario, obligatoriedad del trabajo, primacía de la realidad, protector y de buena fe.

Por lo tanto, los principios generales del Derecho Laboral son tan importantes como la

aplicabilidad de las normas específicas de la industria. Sin embargo, el derecho no es roca, y mucho menos el Derecho Laboral, donde la flexibilidad, la fluidez y la innovación del ordenamiento jurídico son fundamentales, por su alto contenido social e impacto en la industria camino hacia el mismo.

### **2.2.6. El Principio Protector**

La relación laboral incluye un principio llamado el eje de protección o protector de la legislación laboral, y su naturaleza es la protección contra la explotación y la vigencia de la dignidad del trabajador en su situación laboral. Se puede decir que el principio protector es el principio más importante en el trabajo, porque es diferente de la legislación civil, donde domina la igualdad de derechos y no discrimina. En esta categoría, el principio busca proteger a las partes más vulnerables en este caso, es un trabajador, por lo que, si hay un desigual, la parte está protegida.

El autor Pla (2019) hace referencia de que este principio tiene por objeto proteger a los trabajadores por desequilibrio con su empleador. Esta es una de las características del derecho laboral, que no solo pone de relieve los desequilibrios entre las partes en contratos de trabajo específicos, sino que también refleja los esfuerzos de los legisladores para equilibrar estas diferencias. Contrariamente al principio de igualdad jurídica del derecho privado, el principio de empleo protegido pretende eliminar las desigualdades sociales, económicas y culturales entre trabajadores y empresarios.

Según Fontelles (2016) el principio protector está "...enmarcado dentro del Derecho laboral, el principio protector tutela el trabajo realizado en forma libre a cambio de una contraprestación". Cessari citado por Luco (2014) sostiene que "...si bien el principio protector

podría orientar la creación de normas laborales, no es necesario recurrir a criterios interpretativos peculiares, sino que a los criterios generales que conducen casi siempre a conclusiones similares” (p. 88).

No se puede decir que exista un criterio específico que lleve a la interpretación sistemática de términos a favor de los trabajadores. El alcance de las actividades del principio protector está estrechando actualmente en las normas laborales, ya que hay cada vez menos protección para los intereses de los trabajadores y el problema de defender o explicar de sus principios orientados a los trabajadores.

Por otro lado, Cosmópolis (1994) sobre el principio protector o pro operario, determinó reglas que habrán de guiar el comportamiento del juez, es decir, orientar, condicionar, conducir su decisión; según el autor en mención indicó que: “...su entraña sustancial, son reglas raigalmente procesales; de allí que como principio no es sólo igualmente válido para el derecho laboral y para el procesal del trabajo, sino casi podría decirse que lo es más para éste” (p. 159), porque es en los procesos laborales donde tiene más ancha cabida y más constante aplicación.

Y, por último, Jassir (2018) manifestó sobre la aplicación del principio protector en materia procesal laboral lo siguiente:

...no es un tema pacífico, en la medida en que la desigualdad sobre la cual se basa la existencia del principio, es un tema sustancial que no se verifica en el trámite de un proceso al que las partes acuden con la representación de un apoderado, por regla general (p. 10).

Pero en todo caso, por el contrario, otra parte de la doctrina sostiene que el principio protector también debe permear el sistema procesal a partir de una serie de disposiciones. Así, el principio

protector exige que la ley reconozca la posición de desventaja de quienes aportan mano de obra frente a quienes son propietarios de los medios de producción, de modo que se prioricen las soluciones a favor de los trabajadores en los conflictos de leyes.

### **2.2.7. Principio de irrenunciabilidad de los derechos**

En materia laboral, ciertos derechos son de carácter irrenunciable, tales como salarios mínimos, jornadas fijas, vacaciones, etc. En esta virtud, los legisladores crearon el principio de inalienabilidad para proteger los derechos que disfruta la parte más débil de la relación laboral, el trabajador. En el derecho laboral, la inalienabilidad de los derechos es un principio universal, en tanto que las renunciaciones se consideran excepciones y se reconocen sólo en los casos previstos por la ley. Es decir, el principio es inalienable, y la renuncia es la excepción (Franco, 2009, p. 6).

Según Marco Antonio Paredes Gerónimo, reseñado por Bayas Morejon & Solorzano Macay (2021) el principio de irrenunciabilidad de los derechos en el ámbito laboral se implementó con la finalidad de “...asegurar los derechos que establece la ley y evitar que el trabajador renuncie a sus derechos, sea por presiones, engaños o cualquier otro motivo, lo que implica que la tutelaridad se impone aun frente a acciones del mismo trabajador” (p. 5).

Como todo principio laboral que protege a los trabajadores, el principio de irrenunciabilidad se encuentra garantizado y avalado por los convenios internacionales y las leyes de nuestro país, siendo nulo todo pacto en contrario. Por ejemplo, no es posible que un trabajador renuncie al salario mínimo legal por su trabajo, ni a beneficios sociales como paga extra, vacaciones, servicios públicos, ropa de trabajo o su hogar.

Por su parte, Borja Centeno (2018) mencionó que entre los principios fundamentales del

derecho laboral se encuentra el principio de irrenunciabilidad, el mismo que indicó:

...este principio impide al trabajador renunciar voluntariamente a los derechos que por ley le son otorgados, pues, el principio de irrenunciabilidad imposibilita jurídicamente al trabajador de renunciar de manera voluntaria de uno o más derechos a su beneficio (p. 18).

Para los autores Ossorio y Hernáinz Márquez citado por Gerónimo (2006) el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador consiste en:

... la condición legal que impide la renuncia a determinados derechos. En términos generales puede decirse que son renunciables los derechos privados, e irrenunciables, los que afectan a derechos calificados de orden público. (...) La irrenunciabilidad debe entenderse en su verdadero sentido como la posibilidad de no renunciar de manera voluntaria de los derechos concedidos en la normativa laboral (p. 19).

Como hemos dicho, en el Derecho Laboral, la irrenunciabilidad de los derechos es un principio universalmente generalizado, mientras que las renunciaciones se consideran excepciones y se reconocen sólo en los casos previstos por la ley. Es decir, el principio es inalienable, y la renuncia es la excepción. Al mismo tiempo, en el common law, la renuncia de derechos constituye el principio, y la no cesión o renuncia de derechos constituye una excepción, lo que afecta a los derechos declarados para el orden público.

### **2.2.8. Principio de continuidad laboral**

El principio de continuidad de la relación laboral reconoce la validez de las prestaciones derivadas de los contratos individuales y colectivos de trabajo, en caso de modificación total o parcial en relación con el objeto social, la posesión o la mera posesión. Según la doctrina, este

principio se considera una forma de protección de los derechos y obligaciones de los trabajadores derivados de sus respectivos contratos individuales o colectivos, para que no se vean alterados por hechos ajenos a ellos, como una venta o la situación de la empresa de alquiler.

Ahora bien, Carlos Felipe Law Firm (2014) menciona que: "...en Derecho laboral, se conoce como el principio de continuidad laboral, a aquel principio que instruye al juez, ante duda, estimar la duración del contrato individual de trabajo en la mayor extensión posible según los hechos y la realidad demostrada" (p. 45), es decir, el trabajador debe tener en cuenta todo lo que el contrato establece y no puede arrepentirse después de haberlo firmado.

Por su parte, Riquelme (2021) indicó que la continuidad laboral se ve garantizada cuando:

...Se admiten las modificaciones al contrato donde concurre la voluntad de ambas partes. Cuando existe una sustitución de empleador la relación laboral queda intacta. En efecto, dicha disposición señala que cuando hay una modificación total o parcial del dominio, mera tenencia o posesión de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones individuales o colectivos, la antigüedad, el reglamento interno, las organizaciones sindicales y los delegados sindicales (p. 1).

Por otro lado, el autor Nawech (2017) afirman que, el principio reconoce el derecho de los trabajadores a conservar sus puestos de trabajo después de un período de prueba, ya que la relación laboral se extenderá hasta completar un año de estabilización o un período convenido, si es necesario. Después de eso es indefinido. Así, la ruptura violenta y unilateral, puede generar una indemnización por despido intempestivo o abandono del trabajo. La estabilidad es el eterno deseo de los empleados de poder organizar su vida familiar y cumplir con sus obligaciones,

pero también interesa a las empresas porque en un ambiente de trabajo estable el desempeño es más efectivo y se reducen los costos de capacitación, metas alcanzables (p.p. 27 - 28).

### **2.2.9. Principio de Primacía de la Realidad**

En el Derecho del Trabajo existen una serie de disposiciones que tratan de proteger a la parte más débil en la relación laboral, con el objetivo de lograr un trato justo y equitativo. Uno de estos principios es el principio de Primacía de la realidad práctica. Según Alva (2012) “...en aplicación del principio de primacía de realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales, debe siempre privilegiarse los hechos constatados” (p. 232).

Así tenemos que para el autor Ormeño (2012) el principio de Primacía de la realidad, es uno de los principios fundamentales del derecho laboral, manifestando que:

... En una relación laboral existe una serie de principios destinados a proteger a la parte desamparada, es decir, su finalidad es lograr en ella un trato justo y equitativo, a diferencia de una relación civil, no parte de la idea de que ambas partes son iguales, sino de la por el contrario, la existencia de condiciones desventajosas para la parte inferior, el trabajador, porque, con sujeción a la aplicación de los principios laborales, se pretende lograr la igualdad entre las dos partes en la referida relación (p. 23).

Para concluir, el autor Rodríguez (2014) manifestó:

...El principio de la primacía de la realidad es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con éste principio se establece la existencia o no de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como

tal (p. 2).

Este principio significa que, en caso de malentendidos entre lo que está sucediendo en la práctica y lo que proviene de los documentos o contratos, las personas deben dar prioridad a lo que está sucediendo en el área de eventos de campo.

Este principio debe entenderse en general, porque debe respetarse el contrato real, no el contrato formal. Establece que la verdadera naturaleza de la relación siempre debe estar determinada por hechos concretos y sus características, por lo que no necesariamente se establece en un contrato de trabajo una relación laboral individual; es decir, si existe un conflicto de interés en un nexo contractual, que se produce en la práctica y en los documentos o entre situaciones contractuales, los hechos son determinantes. Por ejemplo, si el demandado alega que la relación laboral no existe debido a un contrato de prestación de servicios profesionales y se demuestra que existen elementos esenciales de la relación laboral dependiente cubiertos por las disposiciones del Código del Trabajo, tales como: la prestación de servicios personales, la subordinación o dependencia y la remuneración, prevalecerán estos hechos ante la celebración de un contrato civil.

#### **2.2.10. Principio de Razonabilidad**

La gente a menudo dice que algunas acciones no son razonables, algunas regulaciones no son razonables o algunas acciones gubernamentales no son razonables. Pero, ¿cómo determinamos si esto es realmente irrazonable? ¿Qué parámetros debemos considerar para llegar a esta conclusión? El principio de racionalidad no es autónomo, es decir, no nace y se desarrolla con vida propia, sino que pertenece a un sistema general conocido como debido proceso legal. Pero no hay que buscar la justificación en todos los aspectos del debido proceso

legal, sino en uno de ellos, en su sustancia, no en su adjetivación.

Sobre el principio de razonabilidad, el jurista Obregón (2019) toma como referencia el expediente N° 00535-2009-PA/TC LIMA de la Corte Constitucional menciona:

...La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derechos. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos (p.p. 9 - 10).

Por su parte, Cianciardo (2018) manifestó que: “...El principio de razonabilidad en la interpretación de la ley es la herramienta con la que se evalúa la constitucionalidad de una serie de elecciones que los operadores jurídicos llevan a cabo a la hora de resolver un caso” (p. 13), es decir, si no existe una buena razón para apoyar alguna de estas elecciones, o algunas de ellas son de menor peso que el caso contrario, la interpretación se considera como una violación de la norma constitucional con respecto al debido proceso o la protección de los derechos. Por otro lado, Bernal reseñado por Pacco (2020) sostiene sobre el principio de razonabilidad que “...se ha convertido en un criterio metodológico efectivo para la aplicación jurídica, cuando se trata de los derechos fundamentales. De allí que este principio puede concebirse como un medio racional para la aplicación de normas jurídicas por parte del Estado” (p. 248).

Por tanto, se puede concluir que el principio de razonabilidad constituye un importante medio de interpretación y aplicación de las normas a las actuaciones administrativas, y su

finalidad no es invalidar las normas que regulan la conducta de sus diferentes órganos, sino conferir a dichas normas el sentido y alcance que exige la necesidad de la justicia material y la racionalidad.

### **2.2.11. Principio de Buena Fe**

El principio de buena fe impregna todo el ordenamiento jurídico y se aplica por igual al contenido moral de toda acción que deba ser examinada caso por caso; como toda figura jurídica, la buena fe no es un fin en sí misma, sino un medio que conduce a la protección de determinados valores e intereses de la sociedad.

La buena fe, como principio general del derecho, no puede ser contraria al uso y mandato legislativo, por lo que debe suponerse que forma parte de ambos, o al menos los inspira teóricamente. Al mismo tiempo, su virtualidad como principio general del derecho, implica por definición que su expresión no puede reducirse a lo establecido por la ley o por las reglas usuales; dicho en otras palabras, la buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico Caballero (2008).

Según el autor Juan Carrillo Salcedo citado por Talavera (2016) al respecto manifiesta:

...La buena fe, en efecto, es un principio fundamental de todo sistema jurídico y en Derecho Internacional lleva a cabo una función de extraordinaria importancia: servir de límite a la discrecionalidad del Estado soberano en el ejercicio de sus competencias, corregir los posibles abusos del Estado en la apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones jurídicas internacionales (p. 25).

Ahora bien, Caballero (2008) manifestó que:

...La buena fe es considerada como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés

de otra persona que se halla tutelado por el derecho, casos en los cuales la conducta de la persona es antijurídica, pero honrada y justa teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. Aquí la buena fe es considerada como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma (p. 36).

El autor Pla (2019) hace referencia que desde el momento de la celebración del contrato de trabajo y durante la ejecución y terminación del contrato, el trabajador y el empleador deben ser honestos; pues el principio de buena fe también exige que el representante legal de la parte involucrada, es decir, el litigante, se comporte de manera justa en todo el proceso de trabajo. En cambio, quien alega mala fe debe probarla.

En síntesis, la buena fe es un principio jurídico general plenamente reconocido por el derecho internacional vigente, no sólo a nivel de los acuerdos internacionales y de la teoría de las relaciones públicas, sino también a nivel de la justicia internacional y de la jurisprudencia arbitral. En este sentido, la integridad es un modelo ideal de comportamiento social, lo que significa honestidad, lealtad, integridad, rectitud, libre de engaños y malicia. El espíritu riguroso de cumplir las obligaciones y ejercer los derechos ejemplifica bien esto.

El principio de buena fe siempre ha sido un mecanismo para proteger los derechos e intereses de las partes en el derecho laboral, y también es particularmente aplicable en los contratos de trabajo. Este principio es previsible tanto para los trabajadores como para los empleadores, y se valida antes del empleo y durante el desarrollo y finalización del contrato.

La legislación laboral ecuatoriana no se refiere explícitamente a este principio, eventualmente incorporando sus requisitos en diferentes datos laborales; en la asignación de los

derechos y obligaciones de las partes y no impide que el núcleo central del principio sea plenamente aplicado; tal como lo mencionó el autor Uriarte (2011) sobre la buena fe dentro del sistema jurídico que: "...logra plasmar valores generales que modelizan la conducta de los contratantes e inspiran la aplicación de toda su normativa", es decir, modelan el comportamiento de las partes laborales e inspiran la aplicación de todas sus normas (p. 10).

Según el Tribunal Supremo de Madrid, en su sentencia de fecha 26 de octubre de 1995, indicó que desde muy antiguo se ha hecho eco el principio de buena fe, en lo principal mencionó textualmente lo siguiente: "...la buena fe, como principio general del derecho, debe informar todos los contratos y exige objetivamente una conducta humana justa, fiel, honesta y lógica en el sentido de estar sujeta a las consecuencias de cualquier acuerdo libremente asumido" (Recurso de Casación Nro. 994/1992, 1995).

Por su parte el autor Martín (2018), hace énfasis lo indicado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el año 2000, manifestando lo siguiente:

... La integridad es inherente al contrato de trabajo y, por su carácter integral, genera derechos y deberes recíprocos, traduciéndose el deber recíproco de lealtad entre empleador y trabajador en un requisito jurídicamente tutelado y exigible de conducta ética en el ámbito del contrato, y el poder tener buena fe puede definirse en un sentido objetivo como un modelo estándar de conducta exigible, o más precisamente, como un principio jurídico general que impone una conducta que regula la conducta de acuerdo con valoraciones morales, que limita y constriñe el ejercicio de los derechos subjetivos (p. 34).

El principio de buena fe es de especial importancia, porque la relación laboral tiene un

elemento personal, pues el resultado de un contrato de trabajo no es solo la coexistencia de derechos sucesorios, sino también el significado del contrato de servicios personales. Para el correcto desempeño de estas funciones y el mantenimiento de relaciones laborales y de gestión armoniosas, las partes deben actuar de buena fe. Por lo que podemos definir este principio como el concepto de honradez, lealtad, diligencia, honradez, honestidad, conducta adecuada, apego a ciertas palabras o acuerdos, etc., de la que se requiere una evaluación para conducirnos a una solución legal legítima en un caso particular. Todas las personas, todos los miembros de la comunidad jurídica, están obligados a actuar de buena fe en sus relaciones mutuas en todas las etapas antes de que se establezca la relación laboral, en el proceso de desarrollo de una relación laboral e incluso después de su terminación (Martín, 2018).

Ahora bien, Uriarte (2011) señaló sobre la buena fe en la contratación laboral lo siguiente: “La buena fe en el contrato de trabajo ayuda a establecer los derechos y obligaciones de las partes, los deberes y obligaciones por lo general no están claramente estipulados en el contrato, aunque están implícitos en el contrato” (p. 22). Por su parte Pacheco (2015) mencionó “...El principio de obrar de buena fe impone a quienes celebran un contrato de trabajo unas obligaciones, libremente asumidas, que necesariamente delimitan los derechos directamente relacionados con esas obligaciones” (p. 6).

Por último, Harboe (2010) sobre el principio de buena fe aludió que, el mismo se profundiza en la integridad del contrato de trabajo y de la relación resultante entre las partes, destinado a proteger la confianza asociada al acuerdo contractual, aunque siempre dentro del marco que éste establece, en su conjunto y no en exceso, ya que es imposible consolidar esta función de integración e interpretación, se redirige a los deseos de las partes, asumido o supuesta. De ser

así, el resultado final será una realidad contractual incuestionablemente falsa (p. 17).

En resumen, las disposiciones generales, así como la prohibición del fraude y abuso de derecho en el Código del Trabajo, permiten concluir que el derecho laboral en general, y los contratos de trabajo en particular, están obligados necesariamente por el requisito de la buena voluntad. Esta característica eventualmente se convirtió en un estado de derecho de la información, permitiendo a los contratistas tomar sus propias acciones con el conocimiento de que estas eran las correctas, respetando los más altos estándares de conducta para evitar decepciones relacionadas con la terminación del contrato. Después de todo, la buena fe es la regla general de la ley y la previsibilidad de todo el sistema legal, por lo que no hay que olvidar que, en el campo de las relaciones laborales, la obligación de coordinar es la base de las obligaciones contractuales y este tema debe ser tratado con más detenimiento.

### **2.3. Teorías sustantivas**

#### **2.3.1. La teoría del abuso del derecho**

Con respecto a la teoría del abuso del derecho, se entiende a la acción procesal maliciosa o temeraria, es decir, accionar procesalmente con mala fe, pero para el cometimiento del abuso se debe utilizar un derecho de manera indebida, perversa, inadecuada, excesiva o innecesaria.

Según el autor Manrique (2013), este acto atenta con el análisis económico del derecho y la sociedad, el mismo que se encuentra alejado de la finalidad que tiene la ley, la legalidad y la justicia, reseñando lo dicho por Gonzalo Fernández de León, desde su punto de vista jurídico manifestando "...el abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son lícitos por naturaleza o costumbre".

El abuso del derecho causa perjuicio al adversario sin que sea requerido por la necesidad de

la defensa, más bien es una forma excesiva y agravante de la acción u omisión de la parte que la utiliza so pretexto de ejercer un derecho.

Para Raúl Chanamé Orbe referenciado por Manrique (2013), manifestó que el abuso del derecho es una figura por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse.

Ahora bien, abordar sobre el estudio de la teoría del abuso del derecho, el mismo que surge cuando un derecho es ejercido arbitrariamente sin respetar los límites para su aplicación, conforme a lo que determina la normativa que lo reconoce o le otorga a una persona el ejercicio de un derecho; es por ello que la doctrina internacional discute sobre los criterios esenciales para determinar si un derecho ha sido ejercido de manera abusiva tomando en consideración

los criterios objetivos, subjetivos, eclécticos y la teoría de la desviación del interés jurídicamente protegido.

Según el jurista Nacur (2017), los criterios mencionados en el párrafo anterior se sustentan de la siguiente manera:

- Criterio subjetivo: se ejerce con el propósito de dañar o cuando existe una falta de interés por parte del titular del derecho, si se aplica habrá abuso del derecho ejercido de manera culposa.
- Criterio objetivo: se ejerce fuera del fin económico o social de un derecho, es decir, se obra ilegítimamente en el ejercicio de un derecho que se encuentra enmarcado en la norma legal.
- Criterio Ecléctico: se ejerce cuando el titular ha trasgrediendo el fin económico de un

derecho subjetivo, actuando con culpa o dolo.

- Teoría de la desviación del interés jurídicamente protegido: procede con la prerrogativa concedida por el ordenamiento jurídico a un titular, para efectos de que satisfaga su interés, enfocándose en el interés y la voluntad, a fin de sacar provecho a lo que ampara la norma jurídica.

En este contexto la figura jurídica de abuso de derecho o ejercicio abusivo de derechos se origina, como respuesta a esa perspectiva formalista del derecho o del poder jurídico que busca garantizar los derechos de las personas, conforme lo determina el ordenamiento jurídico o la norma legal, a fin de que se disfrute de un bien o satisfaga los intereses propios del titular del derecho (Coellar Ríos, 2021).

### **2.3.2. Naturaleza y ámbito de aplicación del Abuso del Derecho**

Para poder determinar la naturaleza y ámbito de aplicación del abuso del derecho, se debe analizar si en los derechos subjetivos el titular puede ejercer como a él les convenga conforme a sus intereses o, por lo contrario, debe ser ejercido conforme se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico a fin de evitar excesos, daños o abusos al momento de ejercer un derecho. Desde esta perspectiva, es importante reseñar lo indicado por Abraham Luís Vargas, quien es citado por el autor Manrique (2013) manifestando 15 series de teorías, que reclaman la exclusividad de adjudicación sobre la naturaleza jurídica del abuso del derecho, tales como:

...i) del acto sin derecho, ii) del exceso ilegítimo, iii) de la extralimitación, iv) del acto ilícito, v) de la culpa, vi) del dolo genérico, vii) del dolo intención de perjudicar, viii) del dolo intención de beneficiarse, ix) del dolo intención antisocial, x) del exceso de destino, xi) del interés, xii) del enriquecimiento sin causa, xiii) de la mala fe, xiv) del

riesgo creado, y xv) del fin económico social (p. 55).

En ese sentido, resulta lógico ubicar como una categoría superior al abuso del derecho, así como la de un principio, pues, la conducta abusiva atenta flagrantemente la buena fe; entonces al tener esta base, y a su vez, al atentar contra ellas, efectivamente es abuso del derecho, por lo que no es solo una institución jurídica que forma parte de la rama del derecho, sino más bien es un principio el cual debe ser ajustado en todas las conductas jurídicas en general. Los juristas Kemelmajer de Carlucci & Borda (2015) afirmaron que el abuso del derecho es: "...un postulado propio de una visión solidarista del mundo jurídico, el cual frente al interrogante de si los derechos deben reconocer algún límite en su ejercicio, procurando evitar excesos en salvaguarda de los justos intereses de los demás individuos" (p. 3).

En el derecho positivo, específicamente en la legislación ecuatoriana vigente, no se encuentra estipulada una sanción al momento de consumarse el abuso del derecho, no obstante, se establece en la Constitución la institución jurídica de abuso del derecho, así mismo la jurisprudencia ecuatoriana recoge diversos cuestionamientos con respecto a esta institución, realizando una aproximación a mantener un criterio uniforme sobre la naturaleza y requisitos de procedencia del abuso del derecho. Así, el jurista Donoso (2011) manifiesta lo siguiente:

(...) la jurisprudencia ecuatoriana analizada mantiene un criterio uniforme que se aproxima a la naturaleza jurídica del Abuso del Derecho al situarla dentro de la ilicitud, sin embargo, dicha naturaleza no es precisada ni especificada claramente, confundiéndola con otras figuras si bien ilícitas, pero distintas y con características propias. Así mismo, la jurisprudencia analizada en cuanto a los requisitos de procedencia de la figura, existe una inclinación mayoritaria hacia una postura

Subjetivista que pone atención en la intencionalidad del agente para que se configure la conducta abusiva en que hay un ejercicio disfuncional o desinteresada de un derecho, atentatorio contra la buena fe, y adicionalmente al igual que en la doctrina, nuestros fallos mantienen uniformidad de criterio en el hecho de que es necesaria la producción de un daño para que se produzca el Abuso del Derecho, lo cual genera necesariamente responsabilidad (p. 15).

Es importante hacer mención que las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en algunos de sus fallos ha analizado el tratamiento que se le ha dado al Abuso del Derecho, para así poder delinear y delimitar correctamente esta figura jurídica, a fin de aplicarla correctamente en casos futuros y poner acertadamente límites al ejercicio abusivo y dañino de una facultad jurídica. Según el autor Donoso (2011) “la determinación de estos límites es una tarea que el legislador no ha podido realizar en razón de la variedad y de la complejidad de casos en que los derechos pueden ser puestos en juego”; en virtud de aquello, el órgano jurisdiccional juega un papel fundamental al momento de apreciar y aplicar la sana crítica para un determinado caso o juicio, razón por la cual, se debe establecer la naturaleza y los requisitos que sean necesarios, a fin de consumarse un abuso de derecho conforme a los precedentes jurisprudenciales ecuatorianos (Pescio Vargas, 1978, p. 26).

### **2.3.3. El Abuso del Derecho como figura o institución jurídica**

El abuso del derecho como figura o institución jurídica ha sido rechazado y aún no está plenamente definido por la doctrina, pues existen diferentes teorías y conceptos que lo catalogan o naturalizan de otras formas. La falta de definición o incertidumbre al respecto, se debe en parte a una vaga noción de los derechos subjetivos, ya que tiene poco alcance y no define un

límite al acto por el cual se pueda hablar de abuso.

Por ello, pretendemos aclarar el concepto de abuso del derecho, entendiéndolo como su esencia, se entenderá mejor la relación jurídica con su función y la obligación jurídica correspondiente. Analizar las diferentes teorías y perspectivas que se destacan al respecto para acercarnos a esta figura y examinar aspectos de cada una, nos ayudará a definir mejor el abuso del derecho.

El autor Donoso (2011) menciona que para que haya abuso del derecho tiene que: "...haber habido al menos culpa o dolo, otras teorías sostenían que no hacía falta indagar en la intención del agente, que basta que se produzca un daño para que se pueda configurar un abuso" (p. 146). El abuso del derecho es un problema común que concierne no solo al derecho civil sino también a otras ramas del derecho. Por lo tanto, es necesario estudiar a profundidad para no crear gestos desleales y aceptar un inadecuado comportamiento, que pudiera ser ilegal basado en un exceso de formalismo.

Según el autor Nina Cuentas, reseñado por Vargas Flores & Idrogo Delgado (2015), sobre el tratamiento normativo del abuso del derecho señala que:

...esta institución creemos que debe hacerse con sumo cuidado y guardando sobre todo de no exagerar su intromisión en las relaciones sociales, pues podrían atentar contra la seguridad jurídica que necesitan las personas para desenvolverse normalmente y conforme a sus legítimos intereses (p. 124).

En el sistema de *Common Law*, el abuso del derecho nunca se ha expresado como un sistema legal o institución jurídica, lo que puede haber sido el resultado del poder especial de los jueces angloamericanos. Este privilegio permite al juez distinguirse del precedente evidente que esté

vigente en el caso que se le somete, recomendando apartarse de las reglas que ha establecido si tiene alguna característica especial. Esta continua y progresiva reinterpretación del precedente a partir de su legitimidad hace que las soluciones jurídicas sean más flexibles que el derecho escrito, evitando la licencia atípica o el abuso del ejercicio de los derechos de los sujetos (Aranguren, 2018).

Ahora bien, en la Sentencia C-090 (2014) de la Corte Constitucional Colombiana, mencionó sobre la figura jurídica del abuso del derecho que: "...es la otra cara del fraude a la ley, al juzgar por el comportamiento de los titulares de derechos, el concepto legal de abuso de derechos es otro aspecto del fraude ilegal" (p. 23), dicho en otras palabras, si bien el fraude judicial se construye desde la perspectiva de un impacto objetivo contrario a la finalidad del ordenamiento jurídico, el abuso de derecho se contempla desde la perspectiva de la persona con derecho y con derecho a obrar. Un ejercicio puede describirse como inequívocamente irrazonable o desproporcionado. No se requiere intención ni error para el fraude y el abuso de asignación, y se puede violar la intención de una orden o ley siempre que el resultado sea claramente desproporcionado. En el cumplimiento de una obligación común, tiene derecho a no vulnerar o lesionar los intereses de otro; en el abuso del derecho se torna espontáneo, desborda el ámbito de la responsabilidad.

#### **2.3.4. El rol del órgano jurisdiccional en relación al abuso del derecho**

Con respecto a las normas destinadas a prevenir y sancionar las violaciones de derechos, es necesario analizar a quiénes se aplican las normas y quiénes son los jueces o juezas que intervienen en el ámbito de sus competencias. Entonces surge la pregunta: ¿los jueces y juezas están en la obligación de pronunciarse sobre actuaciones abusivas en el proceso o es una

facultad de ellos?

Desde esta perspectiva, es válido manifestar que los órganos jurisdiccionales están en la obligación de juzgar la existencia del abuso del derecho en el proceso, porque ya cuentan con la norma jurídica existente en el Código Civil, en el artículo innumerado 36 que, como ya hemos mencionado, se encuentra en el ordenamiento jurídico del Ecuador, aunque se incluye en el campo del derecho privado. Para reforzar este criterio, incluso podría decirse que su deber se fundamenta en el adagio legal *iura novit curia*, es decir, el juez conoce la ley y aunque las partes no fallan en ningún aspecto sustantivo, el Juez debe aplicarlo como garante del ordenamiento jurídico.

Con este preámbulo, es menester indicar las opiniones de distintos juristas con respecto al rol del órgano jurisdiccional en relación al abuso del derecho; según el jurista Donoso (2011) mencionó que el abuso de derecho es en definitiva una herramienta para disuadir actos ilícitos que pueden causar daño o han hecho daño; sin embargo, también es una herramienta que ayuda contra la rigidez y su consecuente mecánica, que en su aplicación ayuda a la ley a ser más flexible y a adaptar o integrarla a las realidades sociales, ya que la sociedad es dinámica y cambiante, afirmando que: “...la ley no puede ser un medio para impedir o entorpecer el desarrollo de la sociedad, inofensiva y retrógrada herramienta” (p. 117).

Pero por eso es una herramienta que sirve lógicamente a la sociedad, y no puede ser muy amplia y ambigua que conduzca a más abusos e injusticias, sino a detener esos abusos que generen injusticias. Por su parte el autor Berkman (2000) mencionó que:

...Los jueces no pueden proceder arbitrariamente, están unidos por la disciplina del cuerpo y la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan

licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución (p. 100).

Para concluir, el jurista Ríos (2021) menciona que el papel de los jueces en el proceso no es sólo el de tender a resolver las controversias puestas en su conocimiento a través de la ley, sino que fundamentalmente deben prestar atención a los usuarios, especialmente a las partes procesales en el proceso para actuar conforme a normas mínimas de conducta, pues de lo contrario tendrán dificultades para cumplir su misión desde el punto de vista sustantivo; es decir, si se permite a las partes abusar de su poder en el proceso, esto ciertamente afectará la decisión que emita el juez, porque como hemos visto, estos abusos parecen legítimos por sus adaptaciones formales, tendientes a desviar el curso del proceso y la atención a aspectos no esenciales, pudiendo decidir sobre éstos más que sobre los realmente importantes y aspectos sustantivos (p. 101).

Por tanto, para no abusar del derecho, el juez es quien debe articular cuidadosamente la existencia o inexistencia de la persona de que se trate; por lo tanto, dentro de su conocimiento y crítica razonable, evaluar cada situación a la luz de su contexto, personas y circunstancias, y definir y determinar cuándo se producirá el abuso de derecho. Su modesta aplicación dependerá de los instintos aplicados de equidad y justicia del poder judicial, o, en otras palabras, de su refinada intuición de lo que es justo. Con razón, a pesar de las dificultades de inconsistencia, vacíos o ambigüedades en la ley, y la obligación de fallar sin recurrir a los legisladores para su aclaración, finalización o disipación, los jueces están obligados a considerar cuidadosamente las circunstancias del caso en su decisión, permitiéndoles tener una comprensión más dinámica

del papel que desempeñan.

### **2.3.5. El abuso del derecho en las relaciones laborales**

Si examinamos las contextualizaciones sobre el abuso del derecho dentro de las relaciones laborales, encontramos que el mismo delimita el contenido del derecho, consiguiendo quedar al albedrío de cualquier tipo de acciones que tome el Estado o la autoridad competente, para restringir el ejercicio de uno o más derechos que tiene el trabajador o empleador y que son aplicados sin ningún tipo de medida. El autor Espanés (2019) indicó "... hay abuso de derecho cuando el titular lo ejerce oponiéndolo a la buena fe o soslayando la finalidad que se tuvo en mira para establecerlo" (p. 16); entendiéndose que el abuso de derecho debe sobrepasar los límites de la moral, buenas costumbres y buena fe, para considerarlo como abusivo el ejercicio de un derecho creando una obstrucción, desnaturalización e impide el ejercicio del mismo.

El autor Saiz de Riaño (1982) identificó una clara y moderna definición del abuso del derecho indicando que:

Consiste en determinar que, en los hechos, cualquiera que sea la teoría que se adopte, solo hay abuso de un derecho cuando éste se ejerce de forma dolosa o culposa. Es entonces que, dolosamente se puede abusar del derecho y cometer por ejemplo un ilícito tipificado y sancionado por las leyes penales correspondientes. Puede también darse un abuso de manera dolosa, pero que dicha conducta no esté sancionada por las leyes penales, o por alguna otra ley, es ahí que en base al instituto abuso del derecho se podrá reclamar la reparación del daño causado, y la sanción que correspondiere para aquél que agravió a otro (p. 52).

Según las autoras Pilca Baque & San Lucas Alvia (2013) el abuso del derecho se produce

cuando: "...el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres" (p. 120); en conclusión, el abuso al derecho pone límite al ejercicio de las facultades jurídicas encajándose como una figura jurídica de ilicitud, desprendiéndose las figuras jurídicas de delito o cuasi delito y configurándose como un ilícito atípico que vulnera los principios generales del derecho (Donoso, 2011, p. 15).

Bajo estas consideraciones surge la siguiente interrogante ¿Cuál es el efecto jurídico del abuso del derecho en la relación laboral?, concluyendo que el efecto es la nulidad del ejercicio abusivo del derecho, poniéndole un límite a aquellas facultades y figuras jurídicas que se derivan dentro de la relación laboral y que al ejercerse dañan intereses o derechos injustamente.

### **2.3.6. Aplicación laboral de la teoría general sobre el abuso del derecho**

Desde esta perspectiva debemos analizar la aplicación de la teoría general sobre el abuso del derecho en el ámbito laboral, tomando en consideración que su aplicación se encuentra enlazada con el derecho civil, pues, el derecho al trabajo se encuentra regulado en la norma civil y laboral donde se debe observar las conductas del empleador y el trabajador, las mismas que deben estar enmarcadas en la rectitud para ejercicio de ciertas facultades (Espeche L. V., 2016).

El abuso del derecho en el ámbito laboral no se encuentra regulado, por lo que actualmente no se puede determinar responsabilidades y establecer sanciones a los actos abusivos. No obstante, en la normativa civil se describe la figura jurídica de abuso del derecho, haciendo referencia al excesivo desvío de las facultades para la aplicación de un derecho.

El autor Espeche L. V. (2016) manifestó que "...la regulación civil del abuso del derecho podría ser empleada en forma supletoria o analógica, dependiendo de las particularidades del

caso y de la necesidad de amortiguar los efectos civiles en su aplicación” (p. 10); ahora bien, la falta de aplicación del abuso del derecho en materia laboral, acarrea a la contradicción de los derechos afirmados para la categoría civil de las personas en general.

En tanto que, la Dra. Elena Highton de Nolasco en Aquino, Isacio v. Cargo Servicios industriales S.A. (2004) indicó sobre la aplicación laboral de la teoría del abuso del derecho que: “...la ausencia de toda relación lógica y normativa entre la condición de trabajador y la denegación del acceso a la justicia para negar la aplicación del abuso del derecho en el Derecho del Trabajo es negar los fines del Derecho”; desde este punto vista, el que realiza un acto abusivo para la aplicación de un derecho actúa sin derecho, fuera del ejercicio acordado, violando lo que establece el ordenamiento jurídico. Congruentemente con esto, el autor Donoso (2011) menciona que “el abuso del derecho no es de aplicación exclusiva ni excluyente al campo civil o procesal, pues no podrá negarse”, por ejemplo, la existencia del abuso del derecho de huelga, pues, si se declara con fines políticos para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente (p. 70).

El autor Sandoval (2021), manifiesta sobre la aplicación de la teoría del abuso del derecho que, es una teoría de origen doctrinario en el ámbito procesal, con escaso desarrollo entre los dogmatistas, indicando que:

...En el ámbito del derecho procesal la aplicación de la teoría del abuso del derecho aborda distintas instituciones particulares que conforman la disciplina, para tales efectos, tenemos dos ámbitos procesales de aplicación, uno de carácter general y otro de carácter específico. El primer ámbito, de alcance general, distinguiremos entre abuso del derecho extraprocesal y abuso del derecho intraprocesal, es decir, tendrá

lugar cuando el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo procesal se produzca en una situación jurídica externa a un proceso jurisdiccional. Mientras que, el ámbito de carácter específico, permitirá establecer los efectos del abuso del derecho diferenciados entre diversas instituciones procesales particulares, atendiendo a sus caracteres específicos y las consecuencias que el ejercicio abusivo del derecho reviste en cada caso (p.p. 45 - 46).

Se concluye señalando que el ejercicio abusivo de un derecho se da en todos los procesos judiciales, administrativos, así como en los diversos procesos particulares, ocasionando un contraste entre la permisión jurídica de las acciones legales que guardan íntima relación con la convivencia moral, produciendo una flagrante vulneración a lo que establece el ordenamiento jurídico y las garantías básicas del debido proceso.

### **2.3.7. El Fraude a la Ley Laboral**

Las normas imperativas tienen por objeto mantener el orden y el respeto a la sociedad, el incumplimiento de las normas acarrea sanciones, que pueden darse tanto en el derecho público o privado, como es el fraude a la ley (Palomeque, 2020). Según criterio del jurista Ulpiano, “...Se hace fraude a la ley cuando se hace aquello que la ley no quiso que se hiciera pero que no lo prohibió” (p. 19); en otras palabras, en el fraude legal, el comportamiento observado no es ilegal, pero en la dirección de la ley se ignora, su inevitabilidad (García, 2004).

Con respecto al Fraude en el ámbito laboral, Salcedo (2014) manifiesta lo siguiente: “...La palabra fraude viene del latín *fraus*. Es una acción que resulta contraria a la verdad y a la rectitud. El fraude se comete en perjuicio de otra persona, sea esta natural o jurídica, como el Estado o una empresa”. Existen múltiples tipos de fraude en el ámbito laboral, incluido el pago

de salarios a personas que no están trabajando, la cancelación de facturas no cobradas, la facturación doble, la obligación de registro sin papeles, la falta de pago del impuesto sobre las ventas y los servicios, o el pago de salarios a la gente que ya no existe; los empleadores no pagan a los trabajadores por su jornada laborada legalmente, salarios impagos o mal pagados, falta de afiliación o sin aportes a la seguridad social, etc.

Los autores Retamal Mella, Barrera Fierro , & Gajardo Harboe (2009) manifiestan que el fraude a la ley laboral es “...una noción destinada a sancionar el carácter imperativo de las leyes. Se trata, entonces, de una herramienta correctora de las acometidas que puedan surgir en las premisas y fundamentos del Derecho, por la aplicación de las voluntades de los sujetos”. El fraude laboral, no es más que una manifestación específica de las llamadas modificaciones de facto impuestas por los capitalistas para proteger sus intereses y perjudicar a los empleados, por ejemplo, entregar un certificado de reposo sin estar enfermo, llegar al trabajo marcar su ingreso en el biométrico o sistema de asistencia e irse inmediatamente sin cumplir su jornada laboral (Vaca, 2015).

El Fraude Laboral se ha convertido en la actualidad en un fenómeno social, una violación flagrante de la legislación laboral y un hecho cotidiano, en el que los empleadores tienden a ocultar sus relaciones laborales con su identidad legítima como plebeyos, al otorgar títulos de gestión solo para eludir las disposiciones de la legislación laboral; de acuerdo con el derecho laboral, afectar los intereses de los trabajadores en la relación laboral. La Carta Magna establece estándares específicos para prevenir el fraude en algunas figuras de orden laboral, pero enfatiza la determinación del empleador y la naturaleza de la relación contractual (Garces, 2017).

### **2.3.8. Las Licencias de Trabajo**

La legislación laboral establece que un empleador debe otorgar a un trabajador una serie de permisos, de los cuales no puede ser descontado su sueldo o salario, ni requerir un cambio de horario de trabajo; ya que este es una autorización que puede obtener un trabajador y que los empleadores deben otorgarlos, para que no realicen sus funciones por un tiempo determinado.

Estos permisos se dividen en: reglamentarios, legalmente exigidos, intransferibles y solicitados por el trabajador. Los permisos son regulados por la ley, lo que significa que los empleadores deben otorgarlos a sus trabajadores sin ningún descuento en sus salarios; y, los no reglamentarios, que son otorgados voluntariamente por el empleador y pueden o no ser remunerados.

En virtud de aquello, es importante resaltar las opiniones de distintos juristas con respecto a la institución jurídica de las Licencias de trabajo, así, el autor Villegas (2019) manifiesta que, la licencia de trabajo es “...un permiso concedido por el empleador a su trabajador, cuyo efecto es la suspensión del contrato de trabajo”; por su parte Rodríguez (2021) manifestó que la licencia “...viene a constituir una facultad o permiso con la libre aprobación de otra persona para hacer una cosa, que viene a constituir como una autorización o salvoconducto” (p. 25) mientras que el autor Morales (2016) indica que es “...la prestación de un empleado u obrero para ausentarse de su centro de trabajo por un periodo más o menos largo, con o sin percibir sueldo; la regula el contrato colectivo o el reglamento interior del trabajo”; y, por último Cervantes (2014), enfatizó lo siguiente:

...El Estado concede a los servidores licencias que pueden ser con remuneración o no, y que les permiten ausentarse de su sitio de trabajo por un tiempo determinado,

atendiendo a diferentes motivos que requieren que los servidores no permanezcan en las instituciones (p. 141).

La naturaleza jurídica de una licencia de trabajo reconoce un derecho predefinido del trabajador, cuyo uso está sujeto a patrones y sus limitaciones se encuentran establecidas por los requisitos de seguridad, salud, orden público, urbanismo, etc. No obstante, aun teniendo este derecho, para poder disfrutarlo es necesario cumplir una serie de requisitos que marca el ordenamiento jurídico antes de conceder una autorización.

En este sentido, la licencia facilita el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho a la salud, la educación, el libre desarrollo de la personalidad, la armonía personal, familiar y laboral, y al permitirles disfrutar de derechos básicos, se convierten en derechos de los trabajadores. Si el empleador está de acuerdo, pero luego se desentiende y aplica medidas disciplinarias, se manifestarán las malas intenciones y el abuso de derecho y el trabajador tendrá motivos para exigir su reincorporación e incluso una compensación, si le hubiere de pagar.

### **2.3.9. Tipos de licencias de trabajo según la Ley Orgánica del Servicio Público**

La Ley Orgánica del Servicio Público, establece el régimen de licencias para ausentarse o dejar de concurrir ocasionalmente a su lugar de trabajo, a las servidoras o los servidores públicos, por lo que se encontrarían excluidos de este beneficio los servidores por contrato de servicios civiles. De igual manera, dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público, no existe diferencia alguna entre las licencias que percibe un servidor con nombramiento definitivo o uno por contrato de servicios ocasionales o nombramiento provisional; no obstante, dentro del marco jurídico contamos con licencias con remuneración y licencias sin remuneración, por lo que analizaremos la interpretación realizada por el autor Cervantes (2014), con respeto a las

licencias de trabajo que otorga la Ley Orgánica del Servicio Público.

En primer lugar, tenemos las licencias con remuneración, en lo principal se indica en la norma legal que se otorgarán en los siguientes casos:

- a) Como servidor se le otorgará una licencia hasta por tres meses por enfermedad determinada física o psíquicamente imposible, así como el mismo período de rehabilitación otorgado, por dos horas diarias una vez que el servidor se reintegre a la institución. Sin embargo, en caso de imposibilidad física o psíquica para continuar después de la finalización de la licencia, se expedirá gratuitamente de acuerdo con las normas de la institución de seguridad social, y si se excede el plazo antes mencionado, se aplicarán las normas correspondientes a cumplirse de acuerdo a la legislación de seguridad social.
- b) Por enfermedad grave o accidente grave, debidamente certificado, por un período de hasta seis meses y estipula el derecho a utilizar dos horas diarias para rehabilitación con prescripción médica. Para los servidores regidos por las leyes laborales, estas enfermedades catastróficas o accidentes graves entran en la categoría de enfermedades no laborales, por lo que lo mismo se aplica a la estabilidad del servidor público.
- c) Para las licencias de maternidad y paternidad, se reglamentará la habilitación de los funcionarios del Estado. En cuanto a la licencia de maternidad, se establece que toda trabajadora tiene derecho a doce semanas de licencia pagada por el nacimiento de una hija o un hijo, que se prorrogará por otros diez días en caso de parto múltiple.

Asimismo, si un hijo o hija nace prematuramente o se encuentra en condiciones especiales de cuidado, la licencia se incrementará en 8 días, si nació con enfermedad

degenerativa, terminal o irreversible, o con grado de invalidez grave. Si la madre fallece durante el parto o mientras está haciendo uso de la licencia de maternidad, el servidor puede hacer uso de la totalidad o parte de la licencia no recibida.

- d) Por adopción, la normativa legal otorga a las y los servidores, una licencia con remuneración por 15 días en caso de la adopción de un hijo, a partir de la fecha en que la hija o hijo le fuere legalmente entregado.
- e) Para atender los casos de hijos e hijas hospitalizados o con patologías degenerativas, se establece una licencia de 25 días.
- f) Se concede licencia por calamidad doméstica, la misma que será pagada al servidor en caso de fallecimiento del cónyuge o pareja con la que convive en unión de hecho, o de un pariente en segundo grado de consanguinidad o afinidad. Sin embargo, el plazo para el otorgamiento de esta licencia varía de acuerdo a las normas legales vigentes que regulan el régimen laboral de los servidores públicos. Otro tipo de licencia retribuida por siniestro familiar, si el trabajador se ausenta injustificadamente por siniestro familiar, enfermedad o fuerza mayor, no perderá la remuneración correspondiente a dicha ausencia debidamente acreditada, siempre que no supere el máximo permitido por la ley.
- g) Por matrimonio, la ley establece que se le concederá tres días en total de licencia a los servidores que contraigan matrimonio o unión de hecho, y que la misma podrá ser solicitada antes o después de la celebración.

En segundo lugar, con respecto a las licencias sin remuneración, el autor Cervantes (2014), hace referencia lo establecido en la norma legal vigente, mediante la cual se le otorgarán en los siguientes casos:

- a) Con sujeción a las necesidades del servidor, por diversas razones personales, por ejemplo, cuando el período de licencia pagada ha expirado y el trabajador está obligado a ausentarse del trabajo, la máxima autoridad o el representante de la organización le puede conceder una licencia de hasta 15 días calendario, sin exceder los 60 días en cualquier año de servicios.
- b) Para efectuar estudios regulares de posgrado siempre y cuando el servidor haya cumplido dos años en la institución donde labora, podrá realizar estudios de posgrado de forma regular y podrá solicitar una licencia universitaria de estudio libre en las instituciones de educación superior, la cual será concedida previo a un informe de la Unidad de Administración de Talento Humano. Además, establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración por un período máximo de seis meses durante la vigencia del permiso y debe haber trabajado para la misma institución durante al menos dos años atrás.
- c) Para cumplir con el servicio militar, en este caso la institución le concederá una licencia mientras dure el período del servicio militar; adicionalmente se le obliga a reintegrarse a su institución en el plazo de 8 días de haberse concluido el mismo, o será declarado el abandono del puesto.
- d) Actuar en sustitución de un dignatario elegido por sufragio universal, siempre que se inscriba como suplente, se expedirá licencia gratuita a un servidor de carrera en sustitución de un dignatario elegido por sufragio popular.
- e) Para participar como candidato electo, el servidor público de carrera tiene derecho a solicitar gratuitamente una licencia para participar como candidato a un cargo de

elección popular. La licencia correrá desde el día en que se registre su candidatura hasta el día siguiente a la elección, y si el servidor es declarado ganador del concurso, la licencia se prorrogará por todo el tiempo que dure el cargo. Si no es seleccionado, debe regresar a su puesto de origen de inmediato.

En este contexto se puede establecer el derecho que tiene todo servidor de gozar de estos ocho tipos de licencias de trabajo, que el empleador está en la obligación de concederlas. Una de las características principales de las licencias antes mencionadas dentro de la relación laboral, es permitir la continuidad del trabajador a fin de no perder su antigüedad en la institución.

#### **2.4.Referentes empíricos**

Es necesario considerar los principales trabajos desarrollados por diferentes autores, que se relacionan con el abuso de derecho en las relaciones laborales y la aplicación de las licencias de trabajo en Ecuador; en tal virtud, destaca el artículo científico realizado por Espeche L. V., (2016) sobre "...El abuso del derecho en las relaciones laborales", tomando en consideración que el abuso en primer lugar, compromete la obligación del titular del derecho de abusar de su poder y obligar a indemnizar a otros por el daño, y en segundo lugar, el abuso es una razón legítima para la pérdida del titular del derecho por fines regulares, al que se podrá desbaratar judicialmente mediante acción o excepción, tendiente la primera a que el titular cese en el ejercicio irregular. El autor en mención manifiesta:

... Desconocer la aplicación de la figura del abuso del derecho en el ámbito laboral, conduce a la contradictoria afirmación de derechos para la categoría civil de ciudadanos, y la negativa a su reconocimiento para aquellos que además de civiles

se encuentran bajo una relación de dependencia (p. 2).

Negar la aplicación del abuso de derecho en el Derecho del Trabajo es negar el objeto de la ley, porque el abusador no tiene derecho a actuar fuera del ámbito de ejercicio pactado y por lo tanto viola la ley, ya sea civil o laboral. Al respecto, Salvat reseñado por Espeche L. V.(2016) indica que “...La teoría del abuso del derecho reposa sobre una idea altamente generosa y humana; choca evidentemente al espíritu el espectáculo del titular de un derecho que persigue su realización, sin consideración alguna a los perjuicios que su ejercicio pueda ocasionar”.

Ahora bien, en la tesis de maestría de la autora Delgado (2017) que trata sobre “...El abuso del derecho: análisis teórico y práctico”, describió al abuso del derecho como la conducta del titular subjetivo de los derechos, se ajusta a las normas jurídicas que le confieren ese poder, pero su ejercicio es contrario a la buena fe, a la moral, a las buenas costumbres o a los fines sociales y económicos de la ley. De nuevo, se trata de alguien negligente o doloso en el ejercicio de sus derechos, en beneficio propio y en perjuicio de un tercero. Al punto de indicar que:

...Creemos que para explicar el origen del abuso del derecho podemos prohiar la idea según la cual los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño apreciable; y que para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación de los jueces (p. 1).

Sin embargo, la autora destaca que el abuso de derecho se produce con o sin el ejercicio de los derechos del sujeto. El abuso de derecho se produce en caso de violación de un interés no reconocido en la ley, porque surge un conflicto de derechos en el caso de violación de un interés

reconocido en la ley, mientras que el abuso de aplicación de la ley no afecta el beneficio específico creado por una legislación particular, es una infracción o violación de una obligación legal de carácter general, es decir, una prohibición por regla general correcta.

En el abuso de la ley hay un conflicto entre el acto y los principios generales de aquella. Así, en determinadas situaciones jurídicas subjetivas, se violarían las obligaciones generales impuestas por órdenes activas a los titulares de derechos. Sin reglas claras contra el abuso, sería una violación de los principios legales generales como la equidad y las buenas prácticas, muchas de las cuales se inspiran en los valores de solidaridad (Ibídem).

Por otro lado, Carrasco (2017) en su tesis de grado tomó en consideración el análisis que realizó sobre “El abuso del derecho en la relación individual de trabajo”, que lo sustentó así:

...abuso del derecho es un asunto que desde el origen de las instituciones en que se sustenta el Derecho occidental ha captado el interés de los estudiosos del Derecho, ya que se trata de un asunto que se relaciona directa e inmediatamente con el objeto y fin último de la ciencia jurídica: alcanzar la convivencia pacífica de los seres humanos, para lo cual se disciplina la conducta de los miembros de la sociedad, objetivo que lleva a tener que reconocer ciertas facultades de actuar a unos (derecho subjetivo) e impone la correlativa obligación a otros, produciéndose bajo ciertas circunstancias situaciones en que el legítimo ejercicio del derecho por parte de su titular redundaría en perjuicios para terceros, lo que lleva a cuestionarse si es legítimo que esto ocurra, si esta injuria es una consecuencia necesaria e inevitable del despliegue de una potestad que se nos reconoce, interrogante a la cual la teoría del abuso del derecho pretende dar respuesta (p. 5).

La autora García M. I. (2021) recalca sobre el abuso del derecho que “...nace como una forma de limitar el uso arbitrario de los derechos en detrimento del interés u ocasionando daños a un tercero y que aquellos que incurren en estas acciones deben responder por su conducta” (p. 5).

Es importante aclarar que todo derecho constitucional va acompañado de la obligación de usarlo adecuadamente. El abuso de derechos requiere de un límite impuesto por el ordenamiento jurídico, a las acciones u omisiones que causen un daño antijurídico o ilícito pero rara vez se utiliza dentro del marco legal, ya que la visión de la ley ecuatoriana es proteger el derecho a la estabilidad laboral en el lugar de trabajo y fortalecer ese derecho. Es este derecho el que se considera más abusado o explicado dentro del sistema legal y entre los ciudadanos comunes.

El autor Ferrán (2020) reflexionó sobre la necesidad de que el ejercicio del derecho sea contrario a la finalidad de la norma. Su argumento es que para que se constituya un abuso del derecho, basta con que los derechos se ejerzan de forma diferente, lo cual es contrario al objeto de la norma, no al revés, porque en este caso la mayoría de las personas en el supuesto de abuso del derecho, de hecho, estarían protegidos por la ley, en cuyo caso su ejercicio no está sustentado en razones destinadas a prescribir la norma.

Así entonces, el autor en mención dice que para que exista abuso del derecho se “...debe desplegarse una conducta que prima facie se reconduzca al enunciado normativo, pero que se aparta de la finalidad de la norma”. Sin embargo, no basta que el abuso se produzca por una finalidad distinta a la de la norma, sino que debe ser una contraria a la norma (Ibídem).

Y, por último, las autoras Olson Cedeño & Orama (2021) manifiestan que:

...se entiende como abuso de derecho cuando se corrompe la finalidad del

ordenamiento jurídico, dado que el ordenamiento establece concesiones tanto a las personas jurídicas como a los socios que la integran separando sus capitales, constituyendo autonomía, siempre y cuando se cumplan con los requisitos en todo a la legalidad de sus actos y el cumplimiento de la razón social (p. 25).

El principal tema analizado por las autoras Olson Cedeño & Orama (2021) está relacionado con la incorrecta aplicación de esta figura jurídica en el territorio de nuestro país, con base en su ámbito normativo, debido a que las disposiciones legales a sancionar reciben un tratamiento diferenciado muy general, sin abordar el fondo de cada hipótesis a la que se le puede aplicar la sanción correspondiente, donde la falta de claridad no produce la certeza jurídica que toda norma debe tener, y por tanto la justicia, la legalidad y el orden jurídico se ven inestables. Así se demuestra al analizar las distintas decisiones jurisprudenciales, donde se establece que el sujeto para constatar que, en ausencia de las disposiciones exigidas por la norma, se vulnera su seguridad jurídica y legitimidad, dando lugar a la aplicación arbitraria de la figura.

También contamos con criterios y precedentes judiciales que nos permitirán analizar los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres para regular y cumplir un derecho u obligación, teniendo como apoyo los precedentes jurisprudenciales emitidos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, tales como, caso Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta, Judicial Nro. 13, de fecha 22 de julio de 2003 y el caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial Nro. 12 de fecha 5 de marzo de 2003.

En virtud de aquello, se acota que uno de los criterios válidos sobre el abuso del derecho, lo encontramos en la Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de

Justicia, sobre el caso Rodamis vs. Olivar, que fue publicada en la Gaceta Judicial Nro. 13, que hace referencia al principio de buena fe en la aplicación del derecho y expone claramente lo siguiente:

... La jurisprudencia ecuatoriana trata al abuso del derecho o confunde a esta institución con otras figuras que son especies del género ilícito, como con el delito si es que se califica a la conducta de dolosa o maliciosa. (...) por lo que actuar lealmente dentro del proceso implica necesariamente actuar de buena fe, es decir que lo que se busca con cada actuación es realmente digno de amparo jurídico. Así, una conducta procesal que no sea prudente, y que por el contrario sea culpable y dolosa, como lo sería el proponer una demanda infundada (...) también la jurisprudencia confunde al abuso del derecho con el cuasi delito, si es que se encuentra que este ha sido ejercido culpablemente o si es que, en el derecho de acción, éste se ha ejercido temerariamente (Caso Nro. 114 - George Rodamis contra Giuseppe Torri Olivar, 2003 p. 109).

La jurisprudencia analizada es en gran parte incompatible con la intención de abusar de la ley, es decir, para configurarla se debe ejercerla con capacidad jurídica, sin perjuicio de la existencia de ella; en algún momento también se confundió con el incumplimiento del deber, es decir, no ejercer derechos. La jurisprudencia estableció que, en efecto, para que se produzca un abuso de derecho debe haber sobrevenido un daño, ya sea de carácter patrimonial o moral, por lo que se consideró que, para la Alta Corte del país, el abuso de derecho ocurre principalmente en casos relacionados con indemnizaciones por daños inmateriales.

En la sentencia Nro. 20, emitida por la Corte Suprema de Justicia en el caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A., publicada en la Gaceta Judicial Nro. 12 el 5 de marzo de 2003,

refiriéndose principalmente a la primera instancia conducida por el juez civil del Azuay, en la cual Ángel Puma demandó al señor Mario Terreros Serrano, gerente propietario de Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda., alegando que contrató con el importador varios tipos de aceite, efectuó un pago antes de entregar los suministros a los dueños de la empresa demandada porque no le entregaron el aceite, porque pidieron duplicar el valor para su entrega y ante la oposición del señor Puma, le devolvieron el dinero que se le había entregado, razón por la cual decidió demandar al importador en cuestión, la pretensión se estableció en la ejecución del contrato y cancelación de los daños y perjuicios incluyendo el daño emergente y el lucro cesante y el pago de los derechos legales de honorarios.

Tras las diligencias, el imputado alegó que no era representante de la empresa en cuestión, que no suscribió ningún contrato y que el señor Mario Terreros es gerente de Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda. más no de Importadora Terreros Serrano S.A., con carácter activo y pasivo ilegal, estuvo presente en la audiencia cuando no se pudo llegar a un consenso y se evidenció que esta afirmación no era aceptable. Sin embargo, en la audiencia de segunda instancia, Ángel Puma Shagui objetó la decisión del juzgado de primera instancia, el tribunal consideró que no hubo cambio en la situación procesal para el análisis de primera instancia, rechazó el recurso y confirmó la sentencia de instancia (Ángel Mesías Puma Shagui Vs Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda, 2003, p.p. 3696 - 3702).

Sobre la base de esta presunción, la Corte Suprema de Justicia consideró que la práctica era un fraude para eludir la ley o abuso del derecho, que de acuerdo a lo establecido en la Ley de Compañías en su artículo 17 y siguientes por usar la persona jurídica. La forma societaria de una persona jurídica no constituye el nacimiento de otra, por lo que no debe constituirse o

transformarse una nueva sociedad en sustitución de la anterior.

Previo al análisis de las dos instancias realizadas por la Corte Suprema de Justicia, encontró que en primera instancia hubo una confusión entre falta de legitimación y legitimación, porque nunca se probó que el demandante era incapaz de trabajar o viceversa. Fue tomada por otra persona, alegando que era el representante del importador desde su creación y que la empresa operaba en ese momento como una sociedad de capital y de responsabilidad limitada, lo que confirma la participación en este proceso (Ibídem)

Se han analizado algunas sentencias de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, específicamente de las Salas de lo Civil y Mercantil, para comprender el tratamiento del abuso de derecho, y así poder encontrar la unidad de jurisprudencia buscada, que ayude a mapear y delimitar correctamente esta figura, para poder aplicarla adecuadamente en casos futuros y para limitar debidamente el ejercicio abusivo y lesivo del derecho por las personas en el ámbito laboral, en particular en lo que tienen que ver con los servidores públicos cuando hacen uso del derecho a las Licencias en el Trabajo.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1. Enfoque de la investigación

El método o enfoque de investigación es un proceso sistemático, regular y controlado y está directamente relacionado con los métodos de investigación.

El enfoque de la investigación es la forma en que los investigadores abordan el problema. Así es como se aborda el tema, dependiendo del tipo de resultados que se espera encontrar. Por ejemplo, un investigador que quiera obtener más datos sobre el comportamiento de las personas puede elegir la observación directa como su método (Lifeder, 2020). En este caso, se utilizarán métodos cualitativos.

Por su parte, Bastis Consultores (2019) sobre el enfoque de la investigación indica que:

... es un plan y un procedimiento que consta de los pasos, de las hipótesis generales a los métodos detallados de recogida, análisis e interpretación de datos. El enfoque de la investigación se divide esencialmente en dos categorías: el de la recogida de datos y el del análisis o razonamiento de los datos (p. 10).

En el presente apartado se podrá establecer la viabilidad de las garantías básicas del debido proceso, cuando el servidor público haga uso uno o varios tipos de licencias de trabajo en el sector público, sin permitir ningún tipo de abuso de derecho. Por lo que es necesario analizar la LOSEP, a fin de determinar los diferentes métodos de investigación para realizar su estudio jurídico y crítico, pues, normativamente en el ámbito laboral del sector público no se establece las consecuencias, responsabilidades y sanciones, a los actos abusivos de los derechos laborales de sus servidores, violando así las garantías básicas del debido proceso.

En este sentido, es importante resaltar lo descrito por Hernández Sampiere, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2014) sobre la combinación de ambos métodos, cuando manifiestan:

...Ambos enfoques emplean procesos cuidadosos, metódicos y empíricos en su esfuerzo para generar conocimiento, por lo que la definición previa de investigación se aplica a los dos por igual. En términos generales, estos métodos utilizan cinco estrategias similares y relacionadas entre sí (p. 4)

El autor Grinnell (1997) manifiesta los siguientes puntos:

1. Llevan a cabo la observación y evaluación de fenómenos.
2. Establecen suposiciones o ideas como consecuencia de la observación y evaluación realizadas.
3. Demuestran el grado en que las suposiciones o ideas tienen fundamento.
4. Revisan tales suposiciones o ideas sobre la base de las pruebas o del análisis.
5. Proponen nuevas observaciones y evaluaciones para esclarecer, modificar y fundamentar las suposiciones e ideas o incluso para generar otras. Sin embargo, aunque las aproximaciones cuantitativa y cualitativa comparten esas estrategias generales, cada una tiene sus propias características (p. 33)

### **3.1.1. Enfoque Cualitativo**

El diseño de este estudio emplea un enfoque cualitativo de categorías no experimentales, basado en supuestos teóricos, normativos y jurisprudenciales sobre las garantías del debido proceso en las relaciones laborales establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y en los precedentes jurisprudenciales; el abuso del derecho como una institución jurídica que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos de acuerdo a lo que establece el Código Civil y

las licencias de trabajo como un derecho laboral de los trabajadores conforme lo establece la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por lo que, el enfoque cualitativo busca identificar las normativas jurídicas vigentes que permitan determinar los principios éticos, morales, la buena fe y las buenas costumbres para regular y cumplir un derecho u obligación en el cual se puede determinar responsabilidades y sanciones, que serán incorporadas en la Ley Orgánica del Servicio Público, con la finalidad de no amparar el ejercicio abusivo de los derechos, dando una solución a este problema.

Para esto se aplicó una encuesta realizada a 200 profesionales del derecho en libre ejercicio en la provincia de Los Ríos, que permitió establecer la viabilidad de los derechos al momento de aplicar las licencias de trabajo; además, se utilizaron categorías canónicas, documentales, doctrinales y bibliográficas para la investigación detallada en esta investigación.

### **3.2. Alcance de la Investigación**

El alcance de un proyecto de investigación incluye todo el trabajo realizado para lograr los objetivos identificados en el mismo, con el fin de implementar de manera efectiva las recomendaciones formuladas; por ende, es importante hacer mención lo que el autor Galarza (2019) indica sobre el tema en cuestión: "...El nivel de investigación puede tener diferentes rangos, partiendo de los niveles exploratorio, descriptivo y relevante, y llegando hasta el ámbito explicativo, es decir, buscando una explicación para el fenómeno investigado".

Un proyecto o trabajo de investigación nace con la idea de que, el investigador tiene que estudiar un tema de interés y al revisar la literatura existente encontrará un problema o un área de oportunidad para solucionarlo. Cuando se define una pregunta de investigación, también es el momento de definir su alcance. Según Pensamiento de Sistemas (2013) concluye que:

... El alcance de una investigación indica el resultado que se obtendrá a partir de ella y condiciona el método que se seguirá para obtener dichos resultados, por lo que es muy importante identificar acertadamente dicho alcance antes de empezar a desarrollar la investigación. A continuación, se presentan los cuatro tipos de alcance que puede tener una investigación, explicando cuándo es conveniente aplicar cada uno (p. 22).

De esta manera, el presente estudio y análisis normativo a la Ley Orgánica de Servicio Público, referente a los tipos de licencias y permisos de trabajo, a fin de profundizar los conocimientos sobre el abuso del derecho en las relaciones laborales y la aplicación del debido proceso en su tramitación en el sector público en el Ecuador.

Por ello, es oportuno realizar un estudio exhaustivo de todos los ámbitos de las relaciones laborales en el sector público, para conocer todos los problemas que se plantean al momento de aplicar las licencias de trabajo, y si el principio de buena fe es considerado dentro de las relaciones laborales en el sector público, a fin de respetar las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicarlas y así evitar el ejercicio abusivo de los derechos de los servidores públicos.

En el análisis presentado en la metodología, encontramos que el alcance tiene tres dimensiones, a saber:

1. **Alcance Exploratorio:** Es parte medular en el presente trabajo de investigación, pues se realiza un estudio de las garantías básicas del debido proceso en las relaciones laborales, al momento de aplicar las licencias de trabajo en el sector público conforme la Ley Orgánica del Servicio Público, ya que es un tema poco estudiado, en muchos casos

desconocido y novedoso.

Bajo estas consideraciones, es importante hacer mención lo que el autor Galarza (2019) afirma, indicando que "...en el alcance exploratorio, la investigación es aplicada en fenómenos que no se han investigado previamente y se tiene el interés de examinar sus características".

En este sentido, el esfuerzo investigativo presente se centra en las referencias y elaboraciones contextualizadas de las garantías básicas del debido proceso en las relaciones laborales, el abuso del derecho en la tramitación de las licencias de trabajo en el sector público y las normas legales que las regula, para mantener una adecuada aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; también se realizó un estudio del debido proceso acorde a las afirmaciones de juristas y lo que establece la norma constitucional; así como las opiniones de los profesionales del derecho en libre ejercicio en la provincia de Los Ríos, que permitió establecer la viabilidad del ejercicio de los derechos al momento de aplicar las licencias de trabajo, para lo cual se elaboró un cuestionario de preguntas para así registrar sus opiniones respecto al problema en estudio.

2. **Alcance Descriptivo:** Permitted realizar un estudio detallado sobre la viabilidad del ejercicio de los derechos al momento de aplicar las licencias de trabajo, amparados en la Ley Orgánica del Servicio Público, el mismo que se encargará de describir las causas y efectos para puntualizar sus dimensiones o variables con precisión en la presente investigación, a fin de no amparar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos y así se apliquen los principios éticos y las buenas costumbres para el ejercicio de los derechos, especialmente al momento de aplicar las licencias de trabajo de manera eficaz y con lealtad. Al respecto, el autor Galarza (2019) afirma que:

... En este alcance de la investigación, ya se conocen las características del

fenómeno y lo que se busca, es exponer su presencia en un determinado grupo humano. En el proceso cuantitativo se aplican análisis de datos de tendencia central y dispersión. En este alcance es posible, pero no obligatorio, plantear una hipótesis que busque caracterizar el fenómeno de estudio (p. 27).

Por tanto, este ámbito determinará si se encuentra dentro del procedimiento de concesión de permisos de trabajo en el sector público se garantizan los principios básicos del debido proceso, así como los principios éticos y las buenas costumbres para regular los derechos; se determinará si existe fallas en el control, privilegios estatales, abuso de poder dentro de las instituciones públicas, o práctica desleal al momento de aplicar una licencia de trabajo en el sector público.

3. **Alcance Explicativo:** Se realizó un estudio que fue más allá de la descripción del fenómeno o concepto de debido proceso en las relaciones laborales, el abuso del derecho, así como un estudio normativo sobre las licencias de trabajo en el sector público, reguladas en la Ley Orgánica de Servicio Público, del cual se estableció las causas y efectos sobre la violación de las garantías básicas del debido proceso y los principios éticos, morales, la buena fe al momento de aplicarlas; dicha normativa legal no ampara el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, pues no existen responsabilidades y sanciones, en el presente caso dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público.

### **3.3. Tipo de investigación**

El presente trabajo de investigación es de tipo no experimental, y se define como una investigación realizada sin ningún tipo de manipulación de las variables, ya que se observan los

fenómenos en su estado natural para luego analizarlos, es decir, esta investigación no manipular o controlar el asunto, sólo determina si se aplican las licencias de trabajo establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público y otras normativas, debido al mal uso de la ley en las relaciones laborales en el sector público, por lo que se evidencia la falta de una norma legal que frene el ejercicio abusivo de los derechos, especialmente al momento de aplicar una licencia de trabajo en el sector público, ya que en la Ley Orgánica de Servicio Público no establecen las consecuencias, responsabilidades y sanciones frente a un abuso del derecho en estos casos, lo que atenta contra las garantías básicas del debido proceso.

### **3.4. Métodos de investigación**

Existen dos tipos de métodos de investigación: los métodos inductivos, que suelen estar relacionados con la investigación cualitativa, abarcando desde casos específicos hasta generalizaciones; mientras que los métodos deductivos, suelen estar relacionados con la investigación cuantitativa, cuyas características van de lo general a lo especial; siendo estos los que se han considerado en el presente trabajo de investigación y que han servido para establecer las conclusiones, que nos han llevado a proponer regulaciones que frenen el abuso del derecho en el sector público, cuando de los servidores públicos se trata, al tramitar sus licencias de trabajo.

#### **1.4.1. Métodos teóricos**

*Tabla 1, Métodos Teóricos*

<b>MÉTODOS</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>SISTEMA CONCEPTUAL</b>	<b>TRAYECTORIAS Y MODELOS</b>
----------------	--------------------	---------------------------	-----------------------------------

<p>Histórico Lógico</p>	<p>Garantías básicas del debido proceso del derecho laboral</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El debido proceso en el derecho laboral</li> <li>• Los principios generales del derecho</li> <li>• El principio de legalidad</li> <li>• El derecho a la defensa</li> <li>• La tutela judicial efectiva de los derechos laborales</li> <li>• Los principios del derecho laboral</li> <li>• El Principio Protector</li> <li>• Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos</li> <li>• Principio de Continuidad Laboral</li> <li>• Principio de Primacía de la Realidad</li> <li>• Principio de Razonabilidad</li> <li>• Principio de la Buena Fe</li> </ul>	
<p>Sistematización jurídica doctrinal</p>	<p>El abuso del derecho en las relaciones laborales y las licencias de trabajo</p>	<p>Como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El abuso del derecho en las relaciones laborales</li> <li>• La teoría del abuso del derecho</li> <li>• Aplicación laboral de la teoría general sobre el abuso del derecho</li> <li>• Naturaleza y ámbito de aplicación del Abuso del Derecho</li> <li>• El Abuso del Derecho como figura o institución jurídica</li> <li>• El rol del órgano jurisdiccional en relación al abuso del derecho</li> <li>• Fraude a la Ley Laboral</li> <li>• Las licencias de trabajo</li> <li>• Tipos de licencias de trabajo según la Ley Orgánica del Servicio Público</li> </ul>	



### 3.5. Hipótesis de la investigación

Según García J. Z. (2015) sobre la hipótesis de la investigación planteó lo siguiente:

...La hipótesis es aquella que se basa en una presunción de algo de lo investigado, o puede la posibilidad de que algo se descubra o se crea de ése fenómeno o cosa; al final son frases o enunciados que tratan sobre lo que se está investigando, no son verdaderas y al final pueden o no comprobar los hechos investigados, pero no por ello dejan de ser un elemento dentro del proceso de investigación; pues, ya sea que en las conclusiones se afirme, se niegue, se confirme, se rechace, se dé la razón o contradiga lo vertido como texto en la hipótesis, ése resultado sigue siendo ciencia o conocimiento científico nuevo (p. 44).

Con este preámbulo, se recalca que el principal problema detectado para el presente trabajo académico es, el mal uso del principio de buena fe de los servidores públicos al momento de aplicar las licencias de trabajos en el sector público, por lo que se evidencia la falta de una norma legal que sancione el ejercicio abusivo de los derechos, en los procesos que realizan los servidores públicos para obtener tales licencias, lo que atenta contra las garantías básicas del debido proceso.

*Tabla 3 Cuadro de operacionalización de la hipótesis de la investigación*

<b>¿Quiénes proporcionan la información?</b>	Los abogados en libre ejercicio en la provincia de Los Ríos
<b>¿Cómo accedemos a la Información?</b>	Encuesta
<b>¿Cómo se recogió la información requerida?</b>	Con preguntas de opción múltiple que guardan estrecha relación sobre el abuso del derecho en las relaciones laborales y la aplicación de las licencias de trabajo en

	Ecuador, para garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva.
<b>¿Cómo se organizan los datos obtenidos?</b>	Por medio de la tabulación de los datos recopilados y su procesamiento con estadísticas descriptiva
<b>¿De qué manera se realiza el análisis de los datos?</b>	Estableciendo el grado de insatisfacción de los abogados en libre ejercicio sobre el acto abusivo de los derechos laborales por parte de los servidores públicos a fin de garantizar el debido proceso dentro del correcto procedimiento a seguirse para la aplicación de las licencias de trabajo en Ecuador.

### 3.6. Cuadro de Operacionalización de variables de la investigación

*Tabla 4, Operacionalización de las variables*

<b>Doctrina General</b>	<b>Doctrina Sustantiva</b>	<b>Modelos, métodos e Instrumentos</b>	<b>Unidad de análisis</b>
El debido proceso en el derecho laboral	El abuso del derecho en las relaciones laborales y las licencias de trabajo	Análisis normativo	Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Ley Orgánica de Servicio Público
		Precedentes Judiciales	Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Caso Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Nacional de Justicia, Gaceta, Judicial Nro. 13</li> <li>• Caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial Nro. 12</li> </ul>
		Encuestas	200 abogados en libre ejercicio en la provincia de Los Ríos
		Referentes empíricos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Espeche, Leandro Vindel</li> <li>• Delgado, Madelein Estrella Rojas</li> <li>• Carrasco, Franco Esteban Martínez</li> <li>• Garcia, Milena Isabel</li> </ul>

			<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ferrán, Bruno Baranda</li> <li>• Olson Cedeño, Allison Fernanda; Orama, Karla Cristina</li> </ul>
--	--	--	--

**Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU) en las investigaciones cualitativas**

*Tabla 5, CDIU*

CATEGORÍAS	DIMENSIONES	TÉCNICAS	UNIDADES DE ANÁLISIS
Sistema Procesal	El abuso del derecho en las relaciones laborales	Análisis normativo Encuesta	Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica del Servicio Público. Abogados

**3.7. Gestión de datos de la investigación**

En el presente trabajo de investigación se utilizaron técnicas observacionales para la recolección de datos a través de los cuales se estudió el régimen jurídico de abuso del derecho en las relaciones laborales al momento de aplicar las licencias de trabajo en el Ecuador, específicamente en el sector público conforme a lo que establece la LOSEP, a fin de aplicar las garantías básicas del debido proceso en su tramitación, por lo que el enfoque busca identificar el procedimiento a seguirse para la aplicación de las licencias de trabajo en Ecuador, sin que existan actos abusivos de los derechos laborales por parte de los servidores públicos.

Se obtuvo la opinión de los abogados, a través de la encuesta realizada en la provincia de Los Ríos, los cuales respondieron una serie de preguntas redactadas de manera organizada, ordenada, coherente y estructurada para obtener información veraz ya que participaron directa y personalmente en la pregunta de hechos y el problema objeto de investigación.

### **3.8. Paradigmas de la investigación**

Este estudio es un paradigma crítico proactivo, ya que las universidades ecuatorianas fomentan el trabajo de investigación de posgrado para adquirir conocimientos científicos con el objetivo de descubrir los principios que producen procedimientos, resultados y soluciones; es decir, posibilitan la transformación de la realidad social, son deberes y responsabilidades de las instituciones de educación superior (Hernández G. , 2020).

### **3.9. Criterios éticos de la investigación**

A lo largo del proceso de investigación hasta la elaboración del informe final, existen cuatro principios básicos en cuanto a las normas éticas de este trabajo de investigación, como son el respeto, el consentimiento, la confiabilidad y la inocuidad de la información. Los entrevistados proporcionaron respuestas que están estrechamente relacionadas con su experiencia y conocimiento y se transmiten en el informe final del presente trabajo de investigación. Además, se contó con criterios y precedentes jurisprudenciales emitidos por las Salas de lo Civil y Mercantil de la ex CSJ del Ecuador, tales como, caso Rodamis vs. Olivar, Primera Sala de lo Civil y Mercantil CNJ, Gaceta Judicial Nro. 13, de fecha 22 de julio de 2003 y el caso Puma Shagui vs. Terreros Serrano S.A. publicada en la Gaceta Judicial Nro. 12 de fecha 5 de marzo de 2003, que nos permitió analizar los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres para el ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones, las mismas que aportaron al estudio del debido proceso en las relaciones laborales y la necesidad de reformar la LOSEP, con el propósito de establecer las responsabilidades y las sanciones frente a un acto abusivo para el ejercicio de los derechos por parte de los servidores públicos, con la finalidad de avalar las garantías básicas del debido proceso.

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS DE RESULTADOS

#### 4.1. Presentación de los resultados

El estudio utilizó análisis, evaluación comparativa y estudios de casos para recopilar datos para comprender las principales fuentes del abuso del derecho en las relaciones laborales y la aplicación de las garantías básicas del debido proceso en las licencias de trabajo en Ecuador, conforme a lo que establece la Ley Orgánica del Servicio Público, para regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales y establecer una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público, con la finalidad de frenar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, y así aplicar los principios éticos y las buenas costumbres para regular y ejercerlos, especialmente al momento de aplicar las licencias de trabajo.

Por lo tanto, con el fin de obtener resultados que orientaran y contribuyeran al desarrollo de este trabajo de investigación, se realizaron 200 encuestas dirigidas a los abogados en libre ejercicio de la provincia de Los Ríos, con 10 preguntas que tiene relación con el abuso del derecho en la aplicación de las licencias de trabajo en el sector público y la observancia de la garantía del debido proceso.

#### 4.2. Presentación de los resultados de las encuestas

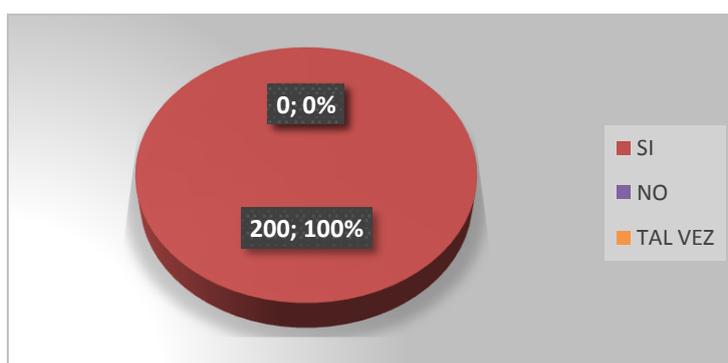
El propósito de esta sección es diagnosticar la situación actual a través de una encuesta a abogados de libre ejercicio de la provincia de Los Ríos, quienes fueron objeto del estudio.

En cuanto al formato de encuesta que se encuentra en el Apéndice A de la última parte de este trabajo, se recibió información de una muestra de 200, dando como resultado los siguientes resultados:

### 1. ¿CONOCE USTED SOBRE LA NORMATIVA DE LA LOSEP?

*Tabla 6, Descripción de variables de la pregunta No. 1 de la encuesta.*

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	200	100
NO	0	0
TAL VEZ	0	0
TOTAL	200	100



*Figura 1, Conocimiento de la normativa legal establecida dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público  
Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022*

#### **Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 200 que significa el 100%, coinciden que si conocen sobre la normativa establecida en la LOSEP.

#### **Análisis:**

De los encuestados, el 100% indican que conocen del contenido de la norma legal establecida en la Ley Orgánica de Servicio Público, es decir, contamos con profesionales del derecho con pleno conocimiento de las normas estudiadas en la presente encuesta.

## 2. ¿CONOCE USTED EN QUE CONSISTE EL ABUSO DEL DERECHO?

Tabla 7, Descripción de variables de la pregunta No. 2 de la encuesta.

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	200	100
NO	0	0
TAL VEZ	0	0
TOTAL	200	100

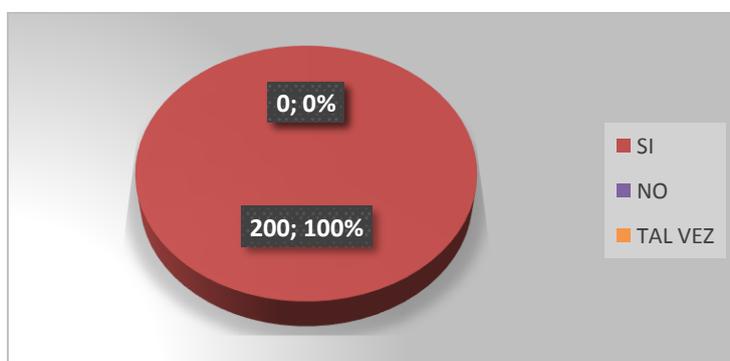


Figura 2, Conocimiento del Abuso del Derecho

Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022

### Resultados:

De los 200 abogados encuestados, 200 que significa el 100%, coinciden que si conocen sobre el Abuso del Derecho.

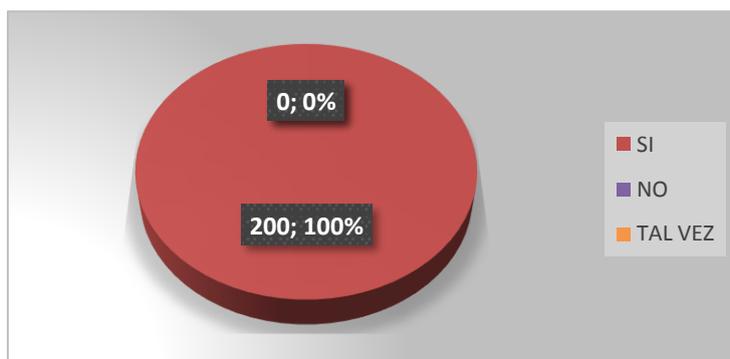
### Análisis:

De los encuestados, el 100% indican que conocen de la institución jurídica de Abuso de Derecho, es decir, contamos con profesionales del derecho con pleno conocimiento de la figura jurídica estudiada en la presente encuesta.

## 3. ¿CONOCE USTED SOBRE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS, MORALES, BUENA FE Y LAS BUENAS COSTUMBRES PARA REGULAR Y CUMPLIR UN DERECHO U OBLIGACIÓN?

**Tabla 8,** Descripción de variables de la pregunta No. 3 de la encuesta.

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	200	100
NO	0	0
TAL VEZ	0	0
TOTAL	200	100



**Figura 3,** Principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres para regular y cumplir un derecho u obligación

**Fuente:** Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022

### **Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 200 que significa el 100%, coinciden que, si conocen sobre los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres, para ejercer y cumplir un derecho u obligación.

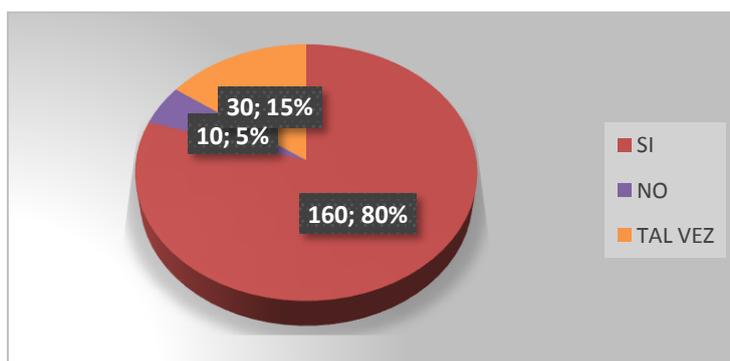
### **Análisis:**

De los encuestados, el 100% indican que conocen los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres para ejercer y cumplir un derecho u obligación, es decir, contamos con profesionales del derecho con pleno conocimiento de los principios estudiados en la presente encuesta.

**4. ¿CONSIDERA USTED QUE UN ACTO ABUSIVO DE DERECHO REALIZADO POR EL SERVIDOR PÚBLICO VULNERA LOS DERECHOS DEL EMPLEADOR?**

*Tabla 9, Descripción de variables de la pregunta No. 4 de la encuesta.*

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	160	80
NO	10	5
TAL VEZ	30	15
TOTAL	200	100



*Figura 4, Acto abusivo de derecho realizado por el servidor público  
Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022*

**Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 160 que significa el 80%, coinciden que un acto abusivo de derecho realizado por el servidor público vulnera los derechos de los empleadores; por el contrario, 10 abogados indicaron que no violarían los derechos de los empleadores, lo que representa el 5% de los encuestados, mientras que los 30 abogados restantes indicaron que podrían violar los derechos de los empleadores, lo que representa el 15% de los encuestados.

**Análisis:**

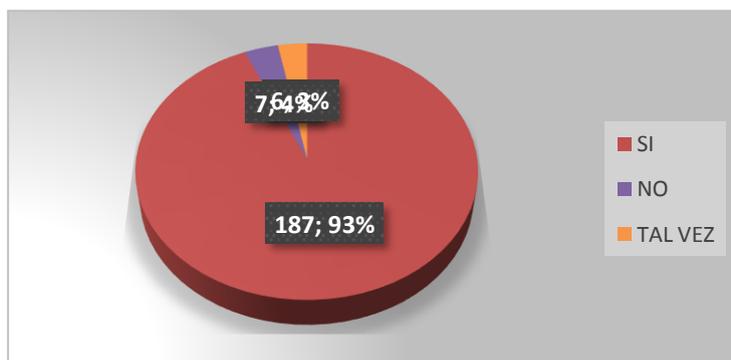
De los encuestados, el 80% lo cual es la mayoría del grupo encuestado, indican que un acto

abusivo de derecho realizado por el servidor público vulnera los derechos del empleador, tomando en consideración que los servidores públicos debe actuar respetando los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres para regular y cumplir un derecho u obligación, a diferencia del 5 % que indica que no vulnera los derechos del empleador, mientras que un 15% que tal vez puede vulnera los derechos del empleador.

### 5. ¿CREE USTED QUE EL ACTO DE ABUSO DEL DERECHO REALIZADO POR EL SERVIDOR PÚBLICO DEBE SER CAUSAL DE DESTITUCIÓN?

*Tabla 10, Descripción de variables de la pregunta No. 5 de la encuesta.*

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	187	93
NO	7	4
TAL VEZ	6	3
TOTAL	200	100



*Figura 5, Acto abusivo de derecho realizado por el servidor público debe ser causal de destitución  
Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022*

#### **Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 187 que significa el 93%, coinciden de que el acto abusivo de derecho realizado por el servidor público debe ser causal de destitución; Por otro lado, siete abogados o el 4% de los encuestados respondieron que no, mientras que los otros seis abogados

o el 3% de los encuestados respondieron que Tal Vez.

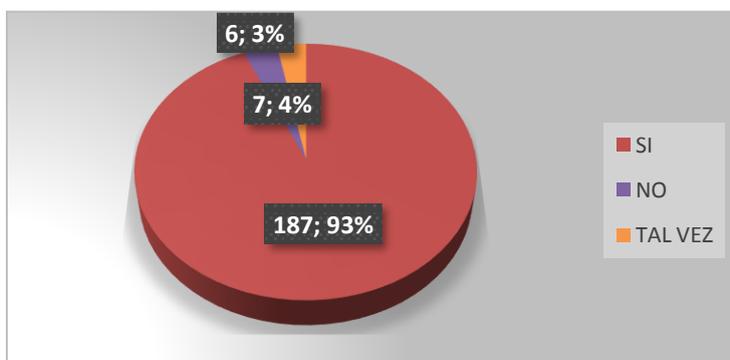
**Análisis:**

De los encuestados, el 90% indican que el acto abusivo de derecho realizado por el servidor público debe ser causal de destitución, debido a que en dicho acto se configura a una conducta dolosa, culposa o negligente.

**6. ¿CONSIDERA USTED QUE NO AMPARAR EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS POR PARTE DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO VULNERA LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?**

*Tabla 11, Descripción de variables de la pregunta No. 6 de la encuesta.*

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	187	94
NO	7	3
TAL VEZ	6	3
TOTAL	200	100



**Figura 6, Vulneración de las garantías básicas del debido proceso**  
**Fuente:** Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022

### **Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 187 que significa el 93%, coinciden que no sancionar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos dentro de la LOSEP vulnera las garantías básicas del debido proceso; al contrario, de 7 abogados que representan el 4% de los encuestados indican que no vulnera los derechos mencionados; mientras que los 6 abogados restante indican que tal vez, representando un 3% de los encuestados.

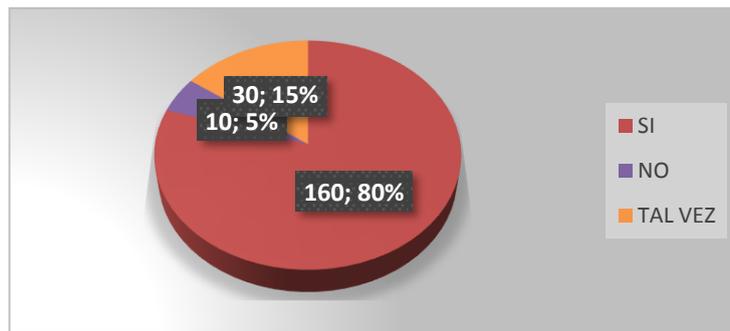
### **Análisis:**

De los abogados encuestados, el 93% indican que no sancionar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos dentro de la LOSEP, si vulnera las garantías básicas del debido proceso dejando en indefensión al empleador.

### **7. ¿CONSIDERA USTED QUE LA INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO, AL MOMENTO DE APLICAR LAS LICENCIAS DE TRABAJO DE MANERA ABUSIVA EN EL SECTOR PUBLICO ESTARÍA VICIADA DE NULIDAD?**

*Tabla 12, Descripción de variables de la pregunta No. 7 de la encuesta.*

<b>VARIABLE</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
SI	160	80
NO	10	5
TAL VEZ	30	15
TOTAL	200	100



*Figura 7, Inobservancia de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo en el sector público*

*Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022*

### **Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 160 que significa el 80%, coinciden de que las inobservancias de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo de manera abusiva en el sector público están viciadas de nulidad absoluta; al contrario, 10 abogados, que representan el 5% de los abogados encuestados, dijeron que no era completamente inválido, y los 30 abogados restantes dijeron que podría ser inválido, lo que representa el 15%.

### **Análisis:**

De los abogados encuestados, el 80% lo cual es la mayoría del grupo encuestado, indican que las inobservancias de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo de manera abusiva en el sector público, están viciadas de nulidad absoluta, tomando en consideración que desde el momento de que no se está siguiendo el debido proceso estaríamos vulnerando la seguridad jurídica, a diferencia del 5 % y 15% que indica que dicha inobservarían no se encuentra viciada de nulidad.

## 8. ¿CONSIDERA USTED QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES GENERA INSEGURIDAD JURÍDICA?

Tabla 13, Descripción de variables de la pregunta No. 8 de la encuesta.

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	195	98
NO	5	2
TAL VEZ	0	0
TOTAL	200	100

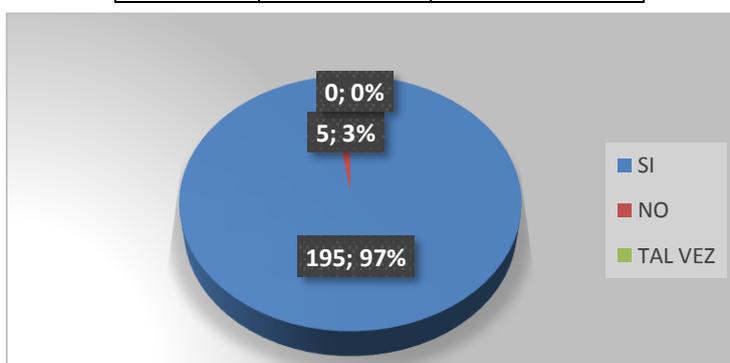


Figura 8, El incumplimiento de las garantías constitucionales genera inseguridad jurídica  
Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022

### Resultados:

De los 200 abogados encuestados, 195 que significa el 98%, coinciden que el incumplimiento de las garantías constitucionales SI genera inseguridad jurídica; al contrario de 5 abogados que representan el 2% de los encuestados indican que no genera inseguridad jurídica, siendo un porcentaje muy bajo.

### Análisis:

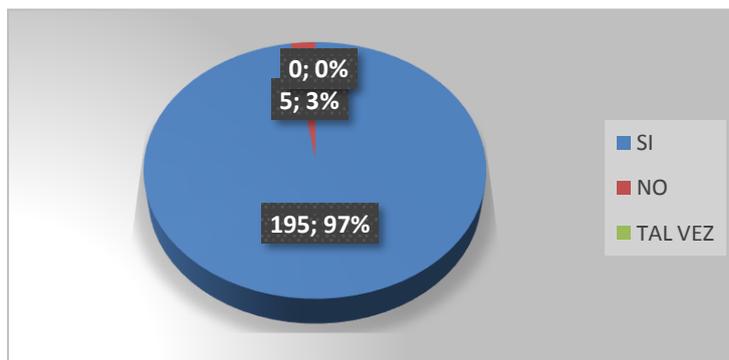
De los encuestados, el 98% afirma que el incumplimiento de las garantías constitucionales SI genera inseguridad jurídica, siendo el derecho a la seguridad jurídica la certeza del derecho fundamental o constitucional, es decir, se sustenta en el respeto a la norma constitucional y en

la existencia de normas jurídicas claras, publicas, previas, y aplicadas por las autoridades competentes.

**9. ¿CONSIDERA USTED NECESARIO ESTABLECER SANCIONES y RESPONSABILIDADES A LOS ACTOS ABUSIVOS DE DERECHOS REALIZADOS POR EL SERVIDOR PÚBLICO?**

*Tabla 14, Descripción de variables de la pregunta No. 9 de la encuesta.*

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	195	98
NO	5	2
TAL VEZ	0	0
TOTAL	200	100



*Figura 9, Sanciones y responsabilidades a los actos abusivos de derecho realizado por el servidor público*  
*Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022*

**Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, 195 que significa el 98%, coinciden a que necesario establecer las sanciones y responsabilidades a los actos abusivos de derecho realizados por el servidor público; al contrario, de 5 abogados que representan el 2% de los encuestados indican que no es necesario, siendo un porcentaje muy bajo.

**Análisis:**

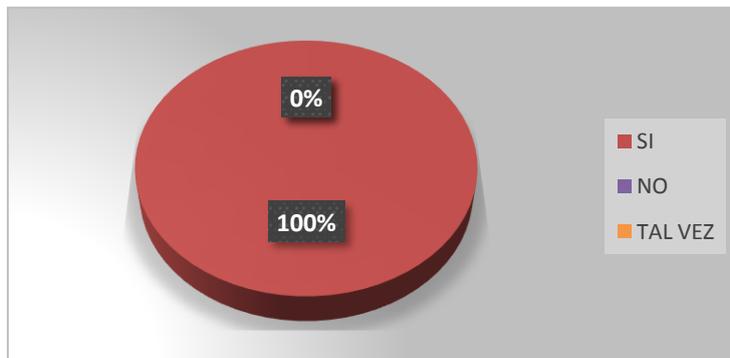
De los encuestados, el 98% afirma a que necesario establecer las sanciones y

responsabilidades a los actos abusivos de derecho realizados por el servidor público, con la finalidad de no amparar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos.

**10. ¿CREE USTED QUE ES NECESARIO PROPONER UNA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO PARA GARANTIZAR LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO AL MOMENTO DE APLICAR LAS LICENCIAS DE TRABAJO?**

*Tabla 15, Descripción de variables de la pregunta No. 10 de la encuesta.*

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	200	100
NO	0	0
TAL VEZ	60	0
TOTAL	200	100



**Figura 10, Reforma a la LOSEP para garantizar la efectiva aplicación del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo**

*Fuente: Tomado de los abogados de la provincia de Los Ríos en el año 2022*

**Resultados:**

De los 200 abogados encuestados, el 100% coinciden que se debe realizar una reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público, para garantizar la efectiva aplicación de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo.

### **Análisis:**

Los encuestados coinciden de que se debe realizar una reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público, para garantizar la efectiva aplicación de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo, cuyo fin es que se incluya responsabilidades y sanciones para no amparar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos.

### **4.3. Argumentación jurídica de los resultados**

Con la investigación de campo que se desarrolló con el análisis normativo a la Ley Orgánica de Servicio Público, referente a los tipos de licencias y permisos de trabajos, a fin de profundizar los conocimientos sobre el debido proceso en la tramitación de estas licencias de trabajo aplicables en el sector público, para evitar el abuso del derecho; así como la aplicación de las encuestas con 10 interrogantes (Apéndice A), de la cual se obtuvo los siguientes resultados:

Con relación al estudio normativo en todos los ámbitos de las relaciones laborales en el sector público, para conocer todos los problemas que se plantean al momento de aplicar las licencias de trabajo en el Ecuador y si el principio de buena fe es considerado en el sector público en relación a la teoría del abuso del derecho, que se da cuando un derecho es ejercido arbitrariamente sin respetar los límites para su aplicación, conforme a lo que determina la normativa que lo reconoce o le otorga a una persona la facultad del ejercicio de un derecho.

Así es como se comprobó que nuestro sistema jurídico no sanciona el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, siendo un vacío legal dentro de la Ley Orgánica de Servicio Público; un ejemplo muy común por parte de los servidores públicos es de ausentarse por días a su jornada de trabajo sin permiso y comunicación a su jefe inmediato,

dejando suspendidas las actividades laborales y posterior presenta el certificado médico, que en muchos casos son obtenidos de manera ilícita realizando un acto abusivo del derecho a gozar de licencia con remuneración por enfermedad; ante lo cual exigen derechos, pero no hay sanción por dichas infracciones reflejadas en conductas ajenas a sus intereses específicos.

Con relación a la encuesta, es importante hacer énfasis las percepciones de los abogados encuestados, que, de acuerdo a sus conocimientos y experiencia, sobre el abuso del derecho al momento de aplicar las licencias de trabajo en el sector público, lo cual permitió formular observaciones; de esta manera podemos indicar y concordar con la opinión de los expertos, en manifestar la mayoría de los encuestados que un acto abusivo de derecho realizado por el servidor público vulnera los derechos del empleador, tomando en consideración que los servidores públicos deben actuar respetando los principios éticos, morales, la buena fe y las buenas costumbres para ejercer y cumplir un derecho u obligación.

Los encuestados afirman que, el acto de abuso del derecho realizado por el servidor público debe ser causal de destitución, debido a que en dicho acto se configura a una conducta dolosa, culposa o negligente; así mismo, no regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos dentro de la LOSEP, vulnera las garantías básicas del debido proceso, dejando en indefensión al empleador.

Otro punto consultado a los abogados es, si la inobservancia de las garantías básicas del debido proceso al momento de aplicar las licencias de trabajo en el sector público está viciada de nulidad, la mayoría indicaron que sí, tomando en consideración que desde el momento de que no se está siguiendo el debido proceso estaríamos vulnerando la seguridad jurídica. Además, los encuestados coinciden que, el incumplimiento de esas garantías constitucionales

SI genera inseguridad jurídica, que se sustenta en el respeto a la norma constitucional y en la existencia de normas jurídicas públicas, previas, claras y aplicadas por las autoridades competentes.

Finalmente, los abogados encuestados coinciden en que es necesario establecer las sanciones y responsabilidades a los actos abusivos del derecho realizado por el servidor público, es decir, aprueban la creación de una reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público, para garantizar la efectiva aplicación de las garantías básicas del debido proceso, cuyo fin es que se incluya responsabilidades y sanciones, para sancionar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos.

#### **4.4. Contrastación empírica**

Dentro de esta investigación se ha llegado a establecer que, la Ley Orgánica de Servicio Público no establece responsabilidades y sanciones a los actos abusivos cometidos por los servidores públicos, en el ejercicio de los derechos o cumplimiento de obligaciones, quienes actúan violando lo que establece el ordenamiento jurídico. En tal virtud, se concluye que el abuso del derecho en las relaciones laborales del sector público es un problema que, en la práctica, se ha presentado desde siempre en los altos mandos, debido a que en la regulación establecida por el derecho positivo no se encuentra reglado el ejercicio abusivo de los derechos; para dar solución al presente problema que involucra e infringe los principios éticos morales, la buena fe y las buenas costumbres, frente a esta conducta dolosa, culposa, intencional o negligente del servidor público.

#### **4.5. La influencia de los resultados para futuras investigaciones jurídicas**

Los resultados de la investigación cobran significativa importancia; ya que, contribuirán con

el desarrollo de futuras investigaciones relacionadas con el abuso del derecho en las relaciones laborales y la aplicación de las licencias de trabajo en Ecuador; como hecho novedoso que aporta al estudio del debido proceso en las relaciones laborales y la necesidad de reformar la Ley Orgánica de Servicio Público para regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales, considerando los principios éticos y las buenas costumbres, especialmente al momento de aplicar las licencias de trabajo en el sector público.

Las futuras investigaciones pueden abordar el estudio empírico de los principales trabajos de investigación que han sido analizados, así como los precedentes judiciales, que permitieron estudiar los principios éticos, morales, buena fe y las buenas costumbres, en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de obligaciones de los servidores públicos, evidenciándose la falta de una norma legal que regule el ejercicio abusivo de los derechos.

## CONCLUSIONES

1.- Luego de analizar la aplicación del debido proceso en las relaciones laborales, en especial cuando un servidor público hace uso de las licencias de trabajo, en los casos presentados, se evidenció un mal uso del principio de buena fe de los servidores públicos, lo que acarrea una vulneración a las garantías básicas del debido proceso y a la Ley Orgánica de Servicio Público, generando un abuso del derecho por parte de los servidores del sector público.

2.- Luego de haber realizado un estudio sobre los presupuestos teóricos y doctrinarios del debido proceso en las relaciones laborales, se pudo corroborar que en el ámbito laboral del sector público, no se protegen las disposiciones establecidas por el derecho positivo, ya que la normativa legal no regula, ni establece responsabilidad al servidor público que realiza un acto abusivo en el ejercicio de un derecho, violando lo que establece el ordenamiento jurídico.

3.- De las encuestas realizadas se pudo corroborar que, en nuestro sistema jurídico no sanciona el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, por lo que se hace necesario establecer una responsabilidad y sanción, que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público.

4.- De lo investigado se establece que, no se protegen los principios éticos, la integridad y las buenas costumbres, frente a las conductas dolosas, culposas o negligentes de los servidores públicos, por lo que se hace necesario cubrir este vacío para evitar el ejercicio abusivo de los derechos, respetando las garantías básicas del debido proceso.

## RECOMENDACIONES

1.- Es necesario regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales de todos los servidores de la administración pública, para establecer una responsabilidad y sanción a quienes hagan mal uso del derecho, que serán incorporadas en la Ley Orgánica del Servicio Público para garantizar la efectiva aplicación del debido proceso.

2.- Que la Asamblea Nacional, Consejo de la Judicatura y los Colegios de Abogados, efectúen debates jurídicos sobre las disposiciones establecidas por el derecho positivo y capaciten a los servidores públicos, sobre las consecuencias al ejercer un derecho fuera del ejercicio acordado, violando lo que establece el ordenamiento jurídico.

3.- Que las facultades de derecho de universidades nacionales públicas y privada, Colegios de Abogados nacionales, servidores judiciales organicen eventos para que se debaten y/o interactúen las reformas antes de su promulgación, a fin de aportar con ideas y encontrar la solución más viable, para evitar el abuso del derecho en las relaciones laborales en el sector público, y así precautelas las garantías básicas del debido proceso en las instituciones públicas.

4.- Que la Asamblea Nacional, acoja el Proyecto de Ley Reformativa a la Ley Orgánica de Servicio Público propuesto en el presente trabajo de investigación, a fin de incluir un inciso final dentro del artículo 27 *ibídem*, para sancionar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos al momento de aplicar una licencia de trabajo.

## **CAPÍTULO V**

### **PROPUESTA**

En este apartado se desarrolla la propuesta de anteproyecto de Ley Reformatoria de la Ley Orgánica del Servicio Público, con la finalidad de regular el ejercicio de los derechos por parte de los servidores públicos, para que se pongan en práctica los principios éticos y las buenas costumbres en el ejercicio de los derechos, para evitar su abuso al momento de aplicar las licencias de trabajo.

Una vez fundamentados los presupuestos teóricos, normativos y doctrinarios de la institución del abuso del derecho en las relaciones laborales, al momento de aplicar las licencias de trabajos en el Ecuador, específicamente en el sector público conforme a lo que establece la Ley Orgánica del Servicio Público, se busca la aplicación de las garantías básicas del debido proceso, para dar una solución a este problema y lograr los objetivos planteados en la investigación, bajo este contexto, se plantea la siguiente propuesta:

#### **5.1. Tema de la Propuesta**

Anteproyecto de Ley Reformatoria al artículo 27 de la Ley Orgánica de Servicio Público, con la finalidad de regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales.

#### **5.2. Finalidad de la Propuesta**

Regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales y establecer una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público con la finalidad de evitar el

ejercicio abusivo de los derechos, respetando las garantías básicas del debido proceso.

### **5.3. Justificación de la propuesta**

Luego de haber analizado el marco normativo que gira en torno a las licencias o permisos de trabajo de los servidores públicos regulados en la Ley Orgánica de Servicio Público, se evidenció un mal uso del principio de buena fe de los servidores públicos al momento de aplicar las licencias de trabajo.

La ley y la justicia siempre son invadidas por quienes abusan de la ley en el ejercicio de un determinado derecho, y de la posición jurídica de los demás en general, o porque van más allá de los límites de sus derechos, un ejemplo muy común por parte de los servidores públicos es de ausentarse por días a su jornada de trabajo sin permiso y comunicación a su jefe inmediato dejando suspendidas las actividades laborales y posterior presenta el certificado médico que en muchos casos son obtenidos de manera ilícita realizando un acto abusivo del derecho a gozar de licencia con remuneración por enfermedad; exigiendo más de sus derechos; no hay sanción por dichas infracciones por conductas ajenas a sus intereses específicos, siempre que esté ejerciendo un derecho y no produzca actos dolosos.

### **5.4. Otros aspectos relevantes**

Se ha llegado a corroborar un mal uso del principio de buena fe, además la falta de una norma legal que no ampare el ejercicio abusivo de los derechos, especialmente al momento de aplicar una licencia de trabajo en el sector público, lo que genera una vulneración de la Ley Orgánica de Servicio Público, pues, no se protegen las disposiciones establecidas por el derecho positivo, ya que la normativa legal no establece las responsabilidades ni sanciones a quien realice un acto abusivo de los derechos laborales en el sector público, lo que atenta contra las garantías básicas

del debido proceso.

Por consiguiente, es importante la elaboración de un anteproyecto de Ley Reformatoria de la Ley Orgánica del Servicio Público, a fin de regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales y establecer una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica del Servicio Público frente a un acto abusivo para el ejercicio de los derechos por parte de los servidores públicos, lo que atenta los principios básicos del debido proceso.

### **5.5. Desarrollo de la propuesta**



## **REPÚBLICA DEL ECUADOR ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Anteproyecto de Ley Reformatoria al artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Público, con la finalidad de no amparar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales.

### **Considerando**

La Constitución de la República, aprobada por votación popular el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial 449;

El Ecuador es un estado constitucional de derecho y justicia de acuerdo al artículo 1 de la Constitución de la República;

El artículo 3 numeral 1 de la norma constitucional establece que el deber primordial del Estado

es asegurar el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en la Constitución y los documentos internacionales sin discriminación alguna.

El artículo 11 numeral 2 y 4 de la norma constitucional establece que todos son iguales y tienen los mismos derechos, obligaciones y oportunidades. Ninguna disposición de la ley podrá limitar los derechos ni el contenido garantizado en la Constitución.

El artículo 75 de la norma constitucional, establece que toda persona tiene derecho al libre acceso a la justicia ya la tutela efectiva, objetiva y rápida de sus derechos e intereses, conforme a los principios de celeridad y eficacia; sin protección

El artículo 76 de la norma constitucional, consagra que, en todo proceso para determinar los derechos y obligaciones de cualquier orden, se garantiza el derecho a las garantías judiciales.

El artículo 76 de la norma constitucional en los literales a) b) y c) del numeral 7, relativo a las garantías de un juicio justo, establece que nadie podrá ser privado jamás del derecho a la una defensa o en la medida en que los ciudadanos dispongan del tiempo y los medios suficientes para preparar una defensa, y sean oídos con celeridad y en igualdad de condiciones.

El artículo 82 de la norma constitucional consagra el derecho a la seguridad jurídica, que se fundamenta en la observancia de las normas anteriores, claras y de derecho público aplicadas por la Constitución y las autoridades competentes;

El artículo 226 de la norma constitucional consagra que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, funcionarios o empleados y las personas que actúen bajo la autoridad del Estado, ejercerán únicamente las atribuciones y facultades que les sean conferidas.

Así se determina por la Constitución y las leyes. Serán responsables de coordinar sus actividades para lograr sus fines y ejercer y ejercer efectivamente los derechos reconocidos en

la Constitución.

Que se hace necesario controlar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de determinados servidores públicos, que, violando las garantías básicas del debido proceso, solicitan licencias de trabajo adecuando su conducta de manera dolosas, culposas o negligentes generando una imagen negativa en la administración pública.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente Ley Reformatoria al artículo 27 de la Ley Orgánica de Servicio Público:

**Artículo 1.-** En el artículo 27 de la Ley Orgánica de Servicio Público, agréguese un inciso final que diga:

“La servidora y servidor público que, en la tramitación de una licencia de trabajo, actúe irrazonablemente y de modo manifiesto contrariare a la moral, buenas costumbres, buena fe y los límites para la aplicación de uno de estos derechos, creando una obstrucción o desnaturalización para la correcta aplicación y ejercicio del mismo, cometerá falta grave que será sancionada con la destitución de su puesto, previo al correspondiente sumario administrativo que se efectuará de manera inmediata”.

## 5.6. Validación para el desarrollo de la propuesta

**Nombre:** Adriana Lilibeth Estacio Yance  
**Cedula Nro.:** 120713316-4  
**Profesión:** Abogada Institucional  
**Dirección:** Ciudadela Valle Verde 2 en la vía Babahoyo – Chilintomo

ESCALA DE VALORACIÓN ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Compresión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencias lógicas	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad					
Universalidad	X				
Moralidad	X				

Fuente (Obando, 2015)

**Comentario:** La propuesta presentada dentro de la presente investigación es pertinente a los fines de resolver el problema planteado a fin de regular el ejercicio de los derechos por parte de los servidores públicos, para que se pongan en práctica los principios éticos y las buenas costumbres en el ejercicio de los derechos, para evitar su abuso al momento de aplicar las licencias de trabajo, por lo que es indispensable establecer una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de los derechos, respetando las garantías básicas del debido proceso.

Fecha: 7 de noviembre de 2022

Firma:



C.C: 120713316-4

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aguirre Guzmán, V. (2010). La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador. Quito: UASB.
- Alarcón, R. B. (2019). Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales . Lima.
- Alcívar Trejo, C., Calderón Cisneros, J., & Ortíz Chimbo, K. (2015). La fundamentación del derecho en los principios generales de su aplicación en la sociedad ecuatoriana. Obtenido de Eumed.net.
- Alva, L. A. (2012). La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento de Inspección del Trabajo. Derecho & Sociedad.
- Ángel Mesías Puma Shagui Vs Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda, Juicio No. 67-2002 (Corte Suprema de Justicia 2003).
- Aquino, Isacio v. Cargo Servicios industriales S.A., JA 2004IV16, LNOL 20043223 (Corte Suprema 2004).
- Aranguren, A. M. (2018). Abuso del derecho y ponderación de derechos. Madrid: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Arese, C. (2020). Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur. Organización Internacional del Trabajo.
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bacilio, M. A. (2021). Incidencia en la evacuación de causas penales con la aplicabilidad del procedimiento directo, en atención al principio de celeridad y el garantismo . Guayaquil, Ecuador .
- Bastis Consultores. (2019). Enfoque de la investigación. Obtenido de <https://online-tesis.com/enfoque-de-la-investigacion/>

- Bayas Morejon, T., & Solorzano Macay , C. (2021). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales frente a la prescripción de la acción laboral. Babahoyo.
- Berkman, R. (2000). Derecho Civil Parte General. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Borja Centeno, E. R. (2018). Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores en relación a la suscripción e impugnación de a las actas de finiquito. Machala.
- Briones, A. (2018). Derecho constitucional a la defensa. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/derecho-constitucional-a-la-defensa/>
- Caballero, V. M. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina Europea en construcción. Barranquilla: ISSN: 0121-8697.
- Cabrera, J. A. (2020). Derecho Procesal Laboral y COGEP ¿Regresividad de los derechos laborales? Cuenca.
- Calle, F. T. (2017). Las Empresas Públicas en el Ecuador Su situación jurídica y su régimen laboral. Cuenca.
- Carlos Felipe Law Firm. (2014). Principio de continuidad laboral. Obtenido de <https://fc-abogados.com/es/principio-de-continuidad-laboral/>
- Carnelutti, F. (2015). Lecciones sobre el proceso penal. En C. J. Guevara, La calificación de la flagrancia y su incidencia en el principio de inocencia en los procesos (pág. 14). Quito.
- Carrasco, F. E. (2017). El abuso del derecho en la relación individual de trabajo. Santiago, Chile.
- Caso Nro. 114 - George Rodamis contra Giuseppe Torri Olivar, Resolución Nro. 210 (Corte Suprema de Justicia (Ecuador) 2003).
- Cervantes, M. A. (2014). Los Regímenes Jurídicos que regulan las Relaciones Laborales y de Servicios entre los Servidores Públicos y el Estado ecuatoriano, a partir de la promulgación de la Constitución de 2008. Quito.
- Cianciardo, J. (2018). Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones. España.

- Coellar Ríos, M. J. (2021). Ejercicio abusivo del derecho: Su proyección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Cuenca.
- Cosmópolis, M. P. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo . Perú: Derecho 48/1994.
- Delgado, M. E. (2017). El abuso del derecho: análisis teórico y práctico. Manta.
- Donoso, J. A. (2011). Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Quito.
- ENS. (2018). Derecho al Debido Proceso en la Relación Laboral . Obtenido de Escuela Nacional Sindical.
- Escuela Nacional Sindical. (2018). Derecho al debido proceso en la relación laboral. Colombia: ENS.
- Espanés, L. M. (2019). El abuso del derecho. Argentina.
- Espeche, L. F. (2008). El abuso del derecho en las relaciones laborales. Argentina.
- Espeche, L. V. (2016). El abuso del derecho en las relaciones laborales. Buenos Aires.
- Farinango, Y. V. (2014). La estabilidad laboral en el Ecuador, situación actual del trabajador en base a nuestra Constitución de la República y el Código del Trabajo vigente. Quito.
- Ferrán, B. B. (2020). El abuso del derecho en la normativa laboral y de seguridad social. Santiago.
- Flick, U. (2019). Introducción a la investigación cualitativa. En D. S. Ocampo, El enfoque mixto de investigación: algunas características. Madrid: Ediciones Morata y Fundación Paideia Galiza.
- Fontelles. (2016). Principio protector en el derecho laboral. Obtenido de Fontelles Advocats.
- Franco, R. M. (2009). El principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral. Buenos Aires.
- Galarza, C. R. (2019). Los alcances de una investigación. Ecuador: ISSN 1390-9592 ISSN-L 1390-681X.

- Garces, G. M. (2017). El fraude laboral y su incidencia en las sentencias del juicio individual de trabajo en la Unidad Judicial de Trabajo de la Ciudad de Riobamba en el período 2015-2016. Riobamba.
- García, A. R. (2019). Licencias de trabajo: ¿conoce todos los permisos que tiene por ley? Licencias de trabajo: ¿conoce todos los permisos que tiene por ley? Obtenido de Actualícese: <https://actualicese.com/licencias-de-trabajo-conoce-todos-los-permisos-que-tiene-por-ley/>
- García, C. A. (2004). Las grandes divisiones del derecho. Mexico.
- García, J. Z. (2015). La hipótesis en la investigación. Obtenido de UAEH: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa4/n1/m9.html>
- García, M. I. (2021). Abuso del derecho : implicaciones en el derecho laboral y en el sistema de seguridad social en salud. Quito.
- Gerónimo, M. A. (2006). El principio de irrenunciabilidad en el derecho laboral como condición indispensable para la protección del derecho a la vida . Guatemala.
- González, M. A. (2019). SRI violó la ley dos veces al conceder licencias a María Alejandra Vicuña. El Comercio.
- Grinnell, R. (1997). Social work research & evaluation: Quantitative and qualitative approaches. Peacock publishers.
- Harboe, M. C. (2010). Buena fe y derecho del trabajo . Chile: Revista Chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social,.
- Hernández Sampiere, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). La Metodología de la Investigación. México : Interamericana Editores, S.A. DE C.V.
- Hernández, G. (2020). La inconstitucionalidad de los efectos en la figura jurídica del abandono en la ley orgánica reformativa del COGEP. Guayaquil.
- Jassir, I. D. (2018). Principio protector. Lex.

- Kemelmajer de Carlucci, A., & Borda, G. (2015). La naturaleza jurídica del abuso del derecho . Buenos Aires.
- Lico, M. (2015). Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo. Obtenido de Buenos Aires Ciudad.
- Lifeder. (2020). Enfoque de la investigación: tipos y características. Obtenido de Equipo editorial: <https://www.lifeder.com/enfoque-investigacion/>
- Logroño, L. K. (2020). Régimen Laboral de Las Empresas Públicas Ecuatorianas. Quito: Revista de la Facultad de Jurisprudencia RFJ.
- Loyola, J. R. (2016). La Relación Laboral en la nueva Constitución. Quito.
- Luco, E. M. (2014). El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral . Chile: Revista Chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social.
- Luño, A. E. (1997). Los principios generales del derecho: ¿Un mito jurídico? Revista de Estudios Políticos.
- Manrique, J. I. (2013). Teoría del abuso del derecho. Obtenido de Derecho Ecuador.
- Martín, Á. U. (2018). El principio de buena fe en el Derecho del Trabajo. Obtenido de Tuasesorlaboral.Net.: <https://www.tuasesorlaboral.net/categorias-estudio/temas-juridicos/15-principio-buena-fe-laboral-derecho-trabajo>
- Montaño Cañola, J. (2020). Garantías del debido proceso y la legítima defensa. Guayaquil.
- Montes, R. I. (2009). Sobre el principio de legalidad. México: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.
- Morales, R. M. (2016). Diccionario Jurídico teórico y práctico. Ecuador.
- Nacrur, R. (2017). Nociones generales sobre el Abuso del Derecho. Diario Constitucional.
- Naranjo, J. A. (2020). Informe Técnico Nro. BCE-DATH-218-2020. Quito: Director de Administración del Talento Humano .

- Nawech, B. E. (2017). Introducción del principio de continuidad laboral en el Código del Trabajo. Loja.
- Obregón, L. M. (2019). Los principios del derecho del trabajo en la jurisprudencia nacional . Callao: Boletín Informativo Laboral, N° 92.
- Olson Cedeño, A., & Orama, K. (2021). Desvelamiento societario por abuso de derecho o fraudes de ley en la provincia del Guayas. Guayaquil.
- Opinion Consultativa Nro. 16, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999).
- Ormeño, M. Á. (2012). El principio de la primacía de la realidad. Obtenido de Derecho y Cambio Social: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>
- Oyarte, R. (2010). La influencia de la Carta Magna en el principio de legalidad. Obtenido de Lex.
- Pacco, E. R. (2020). Razonabilidad y proporcionalidad: principios constitucionales para detener el abuso del poder del estado. Perú.
- Pacheco, L. (2015). Los principios del derecho del trabajo . Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- Palacios, J. A. (2013). Permisos y licencias laborales. Obtenido de Slideshare.
- Palomeque, P. E. (2020). Elementos que estructural el fraude a la ley. Cuenca.
- Pensamiento de Sistemas. (2013). Definiendo el alcance de una investigación: exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa. Obtenido de Blogspot: <https://pensamientodesistemasaplicado.blogspot.com/2013/03/definiendo-el-alcance-de-una.html>

- Pescio Vargas, V. (1978). Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Pilca Baque, M., & San Lucas Alvia, A. (2013). Causas y efectos de la aplicación de la Ley Orgánica para la defensa de los derechos laborales en la legislación ecuatoriana. Guayaquil.
- Pla, J. (2019). Los principios laborales. Obtenido de AUSTROLEGAL.
- Ramírez García, S. (2006). El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. México.
- Recurso de Casación Nro. 994/1992 (Tribunal Supremo de Madrid 1995). Obtenido de <https://vlex.es/vid/-17742354>
- Registro Oficial Suplemento N°294. (2010). Ley Organica del Servicio Público . Quito: LEXIS.
- Rescia, V. M. (2005). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Colombia.
- Retamal Mella, K., Barrera Fierro , R., & Gajardo Harboe, M. (2009). El fraude a la ley laboral. Santiago, Chile .
- Ríos, M. J. (2021). EJercicio abusivo del derecho: su proyección en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano. Cuenca.
- Riquelme, M. I. (2021). Principio de continuidad laboral. Lizamabogados.
- Risco, A. A. (2020). Hipótesis de Investigación. Lima.
- Rodriguez, J. L. (2021). las limitaciones en permisos para estudios de personas trabajadoras y el derecho a la educación. Riobamba.
- Rodríguez, P. (2014). El Principio de Primacía de la Realidad en Materia Laboral.
- Saiz de Riaño, M. (1982). El Abuso del Derecho. Bogotá.
- Salcedo, J. A. (2014). Incumplimiento, fraude, simulación y enriquecimiento injusto. Obtenido de Derecho Ecuador.

Sampieri. (2003). Metodología de la investigación.

Sandoval, J. M. (2021). El abuso del derecho en materia procesal. Chile.

Sarango, A. E. (2019). La vulneración del derecho a la defensa en el procedimiento directo. Quito.

SECLO. (2015). ¿Qué es una licencia laboral? Tipos especiales de licencias. Obtenido de Guia Laboral: <https://secloabogadolaboral.wordpress.com/2015/09/25/que-es-una-licencia-laboral-tipos-especiales-de-licencias/>

Sentencia No. 689-19-EP/20, CASO No. 689-19-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2020).

Sentencia C-090, Limitación a responsabilidad por obligaciones laborales de sociedad por acciones simplificada ( Corte Constitucional Colombiana 2014).

Sentencia Nro. SCP 2159/2013, El principio de legalidad como garantía jurisdiccional y garantía de ejecución (Tribunal Constitucional Plurinacional 2013).

Sentencia Nro. T-800 , libertad de cátedra frente a libertad religiosa y de conciencia-Resolución de colisión/libertad de cátedra frente a libertad religiosa y de conciencia (Corte Constitucional Colombiana 2002 ).

Talavera, F. N. (2016). Los principios generales del derecho la buena fe y el abuso del derecho. Perú.

Trujillo, E. (2022). Principio de legalidad. Obtenido de Economipedia: <https://economipedia.com/definiciones/principio-de-legalidad.html>

Uriarte, P. I. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo Chileno. Madrid: Ius et Praxis vol.17 No.2 Talca .

Vaca, D. E. (2015). La simulación y el fraude laboral y su incidencia en el visto bueno . Ambato.

Vargas Flores, R., & Idrogo Delgado, T. (2015). El ejercicio abusivo del derecho y su relación en la sobrecarga procesal del poder judicial. Ciencia y Tecnología.

Velasco, S. E. (2010). El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008 . Quito.

- Villagómez, M. (2020). Licencias de trabajo en Ecuador. Obtenido de Corral Rosales.
- Villavicencio Logroño, L. (2020). Régimen laboral de las empresas públicas ecuatorianas. Ecuador: Revista Facultad De Jurisprudencia , 366-404.
- Villegas, J. D. (2019). Licencias Laborales . Obtenido de ABCes Juridico
- Zamarraga, M. P. (2005). Principios Generales del Derecho. Obtenido de Derecho Ecuador.
- Zamora, M. C. (2018). En Qué Consisten Los Estudios de Alcance Exploratorio. España.
- Zerga, L. P. (2010). El derecho a los permisos laborales: el progreso en el respeto a la dignidad humana del trabajador: Comentario a la STC Exp. N° 02168-2008-PA/TC. Piura: Gaceta Constitucional.

# ANEXOS

## Apéndice A: Encuestas



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

### ENCUESTAS A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO DE LA PROVINCIA DE LOS RÍOS

FECHA:

#### **JUSTIFICACIÓN**

Buenos días/tardes, gracias por aceptar mi invitación a esta encuesta para debatir sobre el tema “LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO AL HACER USO DE LAS LICENCIAS DE TRABAJO, PARA EVITAR EL ABUSO DEL DERECHO DE LOS SERVIDORES DEL SECTOR PÚBLICO”.

#### **OBJETIVO**

Conocer las percepciones sobre el abuso del derecho en las relaciones laborales y la aplicación de las garantías básicas del debido proceso en las licencias de trabajo en Ecuador, conforme a lo que establece la Ley Orgánica del Servicio Público, para regular el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos, en aras de precautelar sus derechos y garantías constitucionales y así establecer una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público, con la finalidad de frenar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos.

Comencemos con las preguntas:

**1. ¿CONOCE USTED SOBRE LA NORMATIVA DE LA LEY ORGÁNICA DE  
SERVICIO PÚBLICO?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**2. ¿CONOCE USTED EN QUE CONSISTE EL ABUSO DEL DERECHO?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**3. ¿CONOCE USTED SOBRE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS, MORALES, BUENA FE Y LAS BUENAS COSTUMBRES PARA REGULAR Y CUMPLIR UN DERECHO U OBLIGACIÓN?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**4. ¿CONSIDERA USTED QUE UN ACTO ABUSIVO DE DERECHO REALIZADO POR EL SERVIDOR PÚBLICO VULNERA LOS DERECHOS DEL EMPLEADOR?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**5. ¿CREE USTED QUE EL ACTO ABUSIVO DE DERECHO REALIZADO POR EL SERVIDOR PÚBLICO DEBE SER CAUSAL DE DESTITUCIÓN?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**6. ¿CONSIDERA USTED QUE NO AMPARAR EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS POR PARTE DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO VULNERA LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**7. ¿CONSIDERA USTED QUE LA INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO AL MOMENTO DE APLICAR LAS LICENCIAS DE TRABAJO DE MANERA ABUSIVA EN EL SECTOR PUBLICO ESTARÍA VICIADA DE NULIDAD?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**8. ¿CONSIDERA USTED QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES GENERA INSEGURIDAD JURÍDICA?**

SI ( )            NO ( )            TAL VEZ ( )

**9. ¿CONSIDERA USTED NECESARIO ESTABLECER LAS SANCIONES Y RESPONSABILIDADES A LOS ACTOS ABUSIVOS DE DERECHO REALIZADO POR EL SERVIDOR PÚBLICO?**

SI ( )      NO ( )      TAL VEZ ( )

**10. ¿CREE USTED QUE ES NECESARIO PROPONER UNA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO PARA GARANTIZAR LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO AL MOMENTO DE APLICAR LAS LICENCIAS DE TRABAJO?**

SI ( )      NO ( )      TAL VEZ ( )

## Apéndice B: Validación para el desarrollo de la propuesta

### VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

**Nombre:** Adriana Lilibeth Estacio Yance  
**Cedula Nro.:** 120713316-4  
**Profesión:** Abogada Institucional  
**Dirección:** Ciudadela Valle Verde 2 en la vía Babahoyo – Chilintomo

ESCALA DE VALORACIÓN ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencias lógicas	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad					
Universalidad	X				
Moralidad	X				

Fuente (Obando, 2015)

**Comentario:** La propuesta presentada dentro de la presente investigación es pertinente a los fines de resolver el problema planteado a fin de regular el ejercicio de los derechos por parte de los servidores públicos, para que se pongan en práctica los principios éticos y las buenas costumbres en el ejercicio de los derechos, para evitar su abuso al momento de aplicar las licencias de trabajo, por lo que es indispensable establecer una responsabilidad y sanción que serán incorporadas en la Ley Orgánica de Servicio Público con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de los derechos, respetando las garantías básicas del debido proceso.

Fecha: 7 de noviembre de 2022

Firma:



C.C: 120713316-4

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Hernández Alvarado María Gabriela, con C.C: 1207935626 autor del trabajo de titulación: **La aplicación de la garantía del debido proceso al hacer uso de las licencias de trabajo, para evitar el abuso del derecho de los servidores del sector público**, Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

**Guayaquil, a los 05 días del mes de enero del año 2023**



**Abg. María Gabriela Hernández Alvarado**

CC: 1207935626

**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

**FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN**

<b>TEMA Y SUBTÍTULO:</b>	La aplicación de la garantía del debido proceso al hacer uso de las licencias de trabajo, para evitar el abuso del derecho de los servidores del sector público		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Hernández Alvarado María Gabriela		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Duque Ruiz Efraín Humberto		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD</b>	Maestría en Derecho, Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO</b>	Magíster en Derecho, Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	5 de enero de 2023	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	114
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho laboral, Conflicto laboral		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	El debido proceso, sector público, servidor público, las licencias de trabajo, el abuso del derecho.		

**RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):**

El enfoque del presente trabajo de investigación, se centra en el estudio de los instrumentos jurídicos aplicables en las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores en el sector público frente al abuso del derecho, el mismo que surge cuando un derecho es ejercido arbitrariamente sin respetar los límites para su aplicación, conforme a lo que determina la normativa que lo reconoce o le otorga la facultad de solicitar licencias de trabajo. Los métodos empleados tienen un enfoque cualitativo con categoría no experimental que permite el análisis de supuestos teóricos, normativos y jurisprudenciales del debido proceso en las relaciones laborales, el abuso del derecho y las licencias en el trabajo; para lo cual se aplicó la técnica de la encuesta, obteniendo resultados satisfactorios, ya que efectivamente nuestro sistema jurídico comprendido en la Ley Orgánica de Servicio Público, no regula el ejercicio de los derechos de los servidores públicos, pues no se encuentran previstas las prohibiciones, consecuencias, responsabilidades y sanciones, a los actos abusivos con los que se violan las garantías básicas del debido proceso, haciéndose necesario Reformar la Ley Orgánica de Servicio Público, con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los servidores públicos al tramitar las licencias de trabajo.

<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0991110422	<b>E-mail:</b> gabyhernandez24ma@gmail.com
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN</b>	<b>Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando</b>	
	<b>Teléfono:</b> 0982466656	
	<b>E-mail:</b> <a href="mailto:ing.obandoo@hotmail.com">ing.obandoo@hotmail.com</a>	

**SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA**

<b>No. DE REGISTRO (en base a datos):</b>	
<b>No. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>	