

Juicio No. 11371-2018-00076

**JUEZ PONENTE: DRA. ROSA JACQUELINE ALVAREZ ULLOA, JUEZA NACIONAL (PONENTE) (E)**

**AUTOR/A: DRA. ROSA JACQUELINE ALVAREZ ULLOA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.** Quito, lunes 29 de abril del 2019, las 08h50. **VISTOS:** En el juicio laboral que siguen Hans Peter Donke y Tanja Zirkler en contra de Ischelle Márquez; la parte demandada interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja el 26 de noviembre de 2018, las 15h51, que en fallo de mayoría, resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por los actores, revoca la sentencia venida en grado y dispone que la señorita Ischelle Márquez, pague a los actores, los siguientes rubros: al señor Hans Peter Donke, la cantidad de \$ 4.432.98 de esta cantidad deberá descontarse \$ 1.000,00 que han sido entregados por parte de la demandada Ischelle Márquez al actor Hans Peter Donke; y a la señora Tanja Zirkler la cantidad de \$ 4.520.82, dando una sumatoria total de: SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES DOLARES CON DIEZ CENTAVOS (\$. 7.953.10) de los Estados Unidos de Norteamérica, más honorarios e intereses. Este Tribunal considera:

**PRIMERO: ANTECEDENTES.-**

**1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.-** El Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en la sentencia de mayoría impugnada resuelve: *“<sup>1</sup>/<sub>4</sub> OCTAVO: DECISIÓN: Justificada la existencia de la relación laboral entre los contendientes, se invierte la carga de la prueba y era obligación de la parte demandada demostrar que ha pagado las obligaciones contractuales que tenían con los trabajadores, atento el mandato del numeral primero del Art. 42 del Código del Trabajo y como de autos no aparece que lo haya hecho, es procedente disponer el pago de los siguientes rubros: Al Actor Hans Peter Donke a).- Despido intempestivo, según lo dispuesto en el Art. 188 del Código del Trabajo, que dispone en el inciso quinto.º El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base a la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Códigoº. Ultima remuneración al momento del despido fue de 400 X 3 =1.200,00; b) Salario adeudado 1 mes 13 días = 573.29; c) Triple de lo adeudado. Art. 94 del Código del Trabajo 573.29 X 3 =1.719.97; d) Décimo tercer sueldo en su parte proporcional 4.400 +159.96 = 4.559.96 DIVIDIDO PARA 12= 379.99; e) Décimo Cuarto, en su parte proporcional \$369.84;f) vacaciones \$ 189.99. TOTAL 4.432.98. A la Actora Tanja Zirkler: a) Despido*

*intempestivo, según lo dispuesto en el Art. 188 del Código del Trabajo, que dispone en el inciso quinto.º El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base a la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Códigoº. Última remuneración al momento del despido fue de  $100 \times 3 = \$ 300,00$ ; b) Diferencia salarial  $275 \times 11 \text{ meses} = 3.025 + 134.32 - 39.96 = 114.36 = \$ 3.139.36$ ; c) Salario adeudado  $100 + 39.96 = 139.96$ ; d) Triple de lo adeudado  $139.96 \times 3 = 419.88$ ; e) Décimo Tercer sueldo en su parte proporcional  $1.100 + 114.36 = 1.214.36$  DIVIDIDO PARA 12 = 101.19; f) Décimo cuarto sueldo \$369.84; g) Vacaciones \$ 50.59 TOTAL \$ 4.520.82 + el 10% de los honorarios del Abogado de los actores = \$ 839,80. Por lo expuesto, esta Sala Civil y Mercantil, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", aceptando el recurso de apelación interpuesto por los actores, REVOCA la sentencia venida en grado y dispone que la señorita Ischelle Márquez, pague a los actores, los siguientes rubros al señor Hans Peter Donke, la cantidad de \$ \$ 4.432.98 de esta cantidad de \$ 4.432.98 deberá descontarse la cantidad de \$ 1.000,000 (sic) que han sido entregados por parte de la demandada Ischelle Márquez, al actor Hans Peter Donke según consta del documento de fs.81 y 85, por lo que deberá recibir la cantidad de \$ 3.432.29 y a la señora Tanja Zirkler la cantidad de \$ 4.520.82, dando una sumatoria Total de: SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES DOLARES CON DIEZ CENTAVOS( 7.953.10) de los Estados Unidos de Norteamérica, que deberá pagar la demandada a los actores, más los honorarios profesionales del Abogado defensor de los actores Dr. Jhon Espinoza Villacrés, que se los regula en el 5% del valor total de las indemnizaciones que se manda a pagar, por su trabajo profesional en la cantidad de \$ 397,70 a más de los rubros liquidados, deberá pagar la demandada los correspondientes intereses, conforme a la Resolución Nro. 08-2016, publicada en el Suplemento 1 del Registro Oficial 894 de 1 de diciembre de 2016, que se liquidarán por parte del señor Juez de primer.º*

**1.2.-** La Conjuenza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctora Janeth Santamaría Acurio, mediante auto de fecha 31 de enero de 2019, las 11h32 admite a trámite el recurso de casación por considerar que cumple con los requisitos prescritos en los artículos 266, 267 y 277 del Código Orgánico General de Procesos, disponiendo la remisión del proceso, en atención de lo previsto en el artículo 270 del mismo cuerpo legal.

## **SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

**2.1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante sorteo por las juezas doctoras: Katerine Muñoz

Subía, María Consuelo Heredia Yerovi y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en virtud de los oficios No. 406-SG-CNJ-ROG de 27 de febrero de 2018, y No. 691-SG-CNJ de 26 de abril de 2018, es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.

**2.2.- VALIDEZ PROCESAL:** El recurso de casación ha sido tramitado conforme a las normas contenidas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, por lo que se declara su validez, al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia procesal, incluido lo realizado en audiencia.

**TERCERO: ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA.-** Este Tribunal de Casación en cumplimiento de lo que disponen los artículos 272 y 93 del Código Orgánico General de Procesos, en audiencia celebrada el día jueves 4 de abril de 2019, a las 11h00, escuchó la fundamentación del recurso de la parte demandada por intermedio de su abogada patrocinadora y la contradicción de la parte accionada a través de su abogado defensor. En aplicación de lo que dispone el artículo 93 ibídem, la audiencia fue suspendida y reinstalada el día viernes 12 de abril de 2019, a las 09h30, en la que se hizo conocer la resolución de manera oral.

**3.1.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA:** La abogada Evelyn Andrade, patrocinadora de la accionada, señala como normas infringidas los siguientes artículos: 76 numeral 7 literal l) y 326 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador; 89, 95, 164, 186 y 189 del Código Orgánico General de Procesos; 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 42, 59 y 61 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en los casos uno, dos, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos:

**3.1.1.-** Con fundamento en el caso uno alega la errónea interpretación del artículo 107 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos; considera que se produce indefensión en el proceso, al confundir los Jueces Provinciales la ilegitimidad de personería con la falta de legítimo contradictor; ya que, la demandada no era dueña del proyecto denominado "Wellness ± Ecuador", conforme consta en la contestación de la demanda realizada por la casacionista, señalando que el propietario era el señor Jhon Roy Zufelt. Además, dice la recurrente no tiene autorización de parte de los herederos del señor Jhon Roy Zufelt para comparecer al proceso en defensa del proyecto referido; por lo tanto, se ha producido la falta de legitimidad de personería, presupuesto necesario para la validez del procesal.

En consecuencia, se infringe la garantía al debido proceso consagrada en el artículo 76 de la

Constitución de la República del Ecuador, así como el derecho a la seguridad jurídica determinada en el artículo 82 del mismo cuerpo constitucional.

**3.1.2.-** Al amparo del caso dos indica que la sentencia impugnada no se encuentra debidamente motivada porque es contradictoria; ya que, en la parte expositiva en donde constan cada una de las peticiones presentadas por los litigantes manifiesta en el considerando tercero: *“ (1/4) Qué jamás contrató al señor Hans Peter Donke ni a su esposa Tanja Zirkler, o les pagó alguna remuneración para que realice algún trabajo para ella, que jamás les dio una orden para que ejecuten algún diseño, ni realicen algún trabajo, que todo lo que hacían era en acuerdo con su novio Jhon Roy Zulfet, creador y desarrollador de un proyecto de emprendimiento denominado Wellness Ecuador (1/4)° . (En alusión a la contestación a la demanda).°* ; sin embargo, en la parte considerativa del fallo recurrido se señala: *“ (1/4) Al respecto, es preciso indicar que la relación laboral habida entre los justiciables, el tiempo de servicios, como la remuneración, no es materia de la controversia, ya que se encuentra suficientemente demostrada (1/4)° .* Por lo expuesto, la recurrente considera que el fallo carece de razonabilidad por ser contradictorio al afirmar que la relación laboral no es materia de la controversia cuando expresamente se negó la misma.

Adicionalmente, la casacionista acusa la falta de motivación de la sentencia por no contener las razones o fundamentos para llegar a la conclusión; ya que, en la misma se enuncian las pruebas aportadas por las partes sin realizar un enlace lógico entre estas y las normas aplicables al caso; no se indica, explica ni subsume cada una de las pruebas a la determinación de la existencia de un derecho; por lo tanto, no existe una exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a una conclusión.

Indica la falta de motivación por arbitrariedad de la sentencia; manifestando: *“ 1/4 se señala que si bien la actora TANJA ZIRKLER, no trabajó durante tres meses igual se ordenó en la parte resolutive del fallo el pago, como si la relación laboral hubiera sido en forma ininterrumpida (debo indicar que no acepto la relación laboral, por cuanto y en honor a la verdad jamás los contraté), lo que es contradictorio. Además, en forma ilógica señalan los jueces que, si bien estuvo fuera del país la señora Tanja, de acuerdo al documento migratorio, eso era problema de la parte demandada, y se afirma que era una obligación de la demandada el solicitar un Visto Bueno. (1/4)° .* De lo expuesto, se evidencia la infracción del artículo 326 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador; puesto que, bajo la norma constitucional si alguien no trabaja no existe el deber de pago alguno; y, por lo tanto la arbitrariedad se produce porque no existe un sustento legal que avale que se debe cancelar haberes laborales a una persona que no trabajó.

Manifiesta que ha existido falta de motivación en la sentencia impugnada respecto a la apelación del

auto interlocutorio de inadmisión de prueba del juramento deferido que debían rendir los actores; en razón que, en la audiencia de apelación se negó este punto; sin embargo, en el fallo impugnado no existe ningún análisis respecto al por qué se negó esta apelación, cuestión que si fue resuelta en el voto salvado; lo que constituye la infracción del artículo 94 del Código Orgánico General de Procesos.

**3.1.3.-** Bajo el caso cuatro señala que el tribunal de apelación ha infringido los artículos 164, 186 y 189 del COGEP; ya que, no se ha considerado la prueba testimonial conforme con otras pruebas del proceso; indicando: *“... los jueces de instancia no consideran el contexto de la declaraciones de los señores Verena Emmy Annemarie (numeral 7.1.5.) y de Harak Netzel (numeral 7.1.5)., en relación con las otras pruebas, que existen en el proceso, por ejemplo con la declaración de parte de la demandada, o con el Movimiento Migratorio de la señora Tanja Zirkler, con el recibo que firmó el acto, en el que se establece que Ischelle Márquez paga a nombre del señor Jhon Zulfet las cartas de los accionantes que exigen el pago por diseños realizados en el lugar. (1/4) si se parte de la definición de testigo se puede establecer que ninguno de los testigos presentados por la parte demandada pudo percibir con sus propios sentidos en forma directa la existencia de un pago por concepto de remuneración hacia los actores, es tan así que indican que saben sobre la existencia de una remuneración por qué así le dijeron los accionantes. Es justamente por aquello que es necesario que la prueba testimonial siempre sea relacionada con otras pruebas (1/4)°*; transgrediendo los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

La recurrente acusa la aplicación indebida del artículo 42 del Código del Trabajo, de acuerdo a lo expuesto y debido a la violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba e indica que lo que debió declararse en este caso es la inexistencia de la relación laboral.

**3.1.4.-** Finalmente, bajo el caso cinco acusa que la situación de que la señora Tanja Zirkler ha salido del país por tres meses, hecho que no ha sido subsumido a lo que establece el artículo 326 numeral 4 de la Constitución de la República, y a los artículos 59 y 61 del Código del Trabajo; normas que explican que una persona recibirá su remuneración de acuerdo al trabajo realizado, mismas que no han sido aplicadas en el fallo impugnado; sin embargo, a pesar de ello y de que la recurrente no acepta la relación laboral se ordena el pago de haberes laborales en su totalidad por más o menos un año de trabajo de la señora actora.

**3.2.-** Los actores Hans Peter Donke y Tanja Zirkler, por intermedio de su abogado patrocinador Esteban Espinosa Villacrés, al ejercer el derecho de contradicción, sobre la fundamentación del recurso de la parte demandada, indican:

Que llama la atención que haya llegado al tribunal de casación un recurso por cuatro causales, cuando

por ejemplo, las causales cuarta y quinta se contraponen.

Que la abogada de la demandada manifiesta que por la causal primera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se ha nulificado el proceso; sin embargo en el presente caso, tanto el juez de primera como de segunda instancia validaron el proceso, por cuanto se contó con las partes que eran las del caso, y en ningún momento se aceptó la falta de legitimación en la causa. Indica que la recurrente señala la falta de aplicación, aplicación indebida y errónea interpretación del artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, y como está planteado el recurso no se sabe cómo tan confuso fue aceptado.

Sobre la causal segunda, contradice que, esta se alega cuando hay falta de motivación, se adoptan decisiones contradictorias e incompatibles, y por falta de motivación. Que los jueces de apelación se refieren en la sentencia a una frase de los jueces ad quem, en la parte considerativa que señalan: *“Al respecto es preciso indicar que la relación laboral habida entre los justiciables, el tiempo de servicios, como la remuneración, no es materia de la controversia<sup>1/4</sup>”,* ya que indican, está suficientemente demostrada, es por ello que entran a analizar el fondo del asunto pues dicen los jueces ad quem que está suficientemente demostrada la relación laboral. En este caso existió prueba suficiente sobre la relación laboral y así lo expresan los jueces, entonces, dónde está la falta de motivación?

Luego manifiesta que la recurrente fundamenta su recurso en la absurda valoración de la prueba, para lo cual la abogada se ha referido netamente a hechos; en esta causal no se puede manifestar aquí en este momento, que existe una indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de los principios de valoración de la prueba, pues se conoce que los principios de valoración de la prueba deben estar establecidos en el escrito de casación; no hablar en forma genérica, porque conocemos que los principios de valoración de la prueba son la experiencia, la ciencia y la lógica; la experiencia no está contrastada con la sentencia, qué hicieron los jueces de absurdo en base a los principios de la experiencia; a los principios de la ciencia, qué hicieron los señores jueces, contra qué norma científica, contra qué actos de la naturaleza se fueron; los principios de la lógica que netamente se refieren a que los jueces parten de premisas falsas y obviamente concluyen con una falsedad. En el presente caso no se ha escuchado ni en el recurso ni en la fundamentación ni una sola palabra que se refiera a estos principios de valoración de la prueba, para que ustedes como juezas entren a valorar cómo el juez razone; lo que les piden a ustedes es que entren a valorar los hechos, algo totalmente negado; lo que entran es a ver cómo el juez en la sentencia razonó respecto a esos principios de valoración de la prueba. Ni en el recurso ni en la fundamentación se ha escuchado nada sobre el razonamiento de los jueces que hayan infringido la lógica, la ciencia o la experiencia, que es a lo que se refiere la causal

cuarta del Código Orgánico General de Procesos; por lo que no puede hacérselo de forma genérica.

Finalmente sobre la causal quinta, no se sabe si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, de qué normas? Lo que debe estar bien establecido inclusive para poder ejercer la defensa y concluir en un proceso de razonamiento cuál debió aplicarse.

El presente recurso ha sido admitido por cuatro causales, cuando se sabe que un recurso cabe cuando no se contrapongan los cargos por los cuales se lo interponga.

**CUARTO: MOTIVACIÓN.-** La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 ha dispuesto que: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”* La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N°. 024-13-SEP-CC, dentro del caso N°. 1437-11-EP, determinó que: *“...Corresponde a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado”*. En este mismo sentido, dicha Magistratura Constitucional se pronunció determinando criterios que permiten entender la debida y adecuada motivación dentro del fallo N° 227-12- SEP-CC, en el caso N° 1212-11-P, de la siguiente forma: *“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión **razonable** es aquella fundada en los principios constitucionales. El fallo **lógico**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.”* En virtud de lo

expuesto, se puede considerar que los argumentos y las razones empleadas por los jueces para sustentar la sentencia se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del oficio del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la garantía de la motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico que rige el *thema decidendum*, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia. Respecto de la motivación Taruffo manifiesta: *“1/4 la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita, de fácil comprensión para el gobernado, por lo que no se satisface este último requisito formal, si se consigna mediante expresiones abstractas, genéricas o a través de signos, fórmulas o claves, que el destinatario del acto tenga que interpretar, porque siendo equívocas esas expresiones pueden hacerlo incurrir en error y formular defectuosamente su defensa, lo que equivale a colocarlo en estado de indefensión”* (La Motivación de la Sentencia Civil, Editorial Lorenzo Córdova Vianello México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pág. 12). Acerca de esta obligatoriedad el mismo jurista expresa: *“...este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica “privatista” del control ejercido por las partes y la óptica “burocrática” del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica “democrática” del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia”*. (La Obligación de Motivación de la Sentencia Civil, editorial Trotta, Madrid-España, 2011, p.361).

#### **QUINTO: CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.-**

Resulta indispensable iniciar conceptualizando la expresión *“recurso”* constituido por: *“1/4 aquellos medios de impugnación que trasladan el conocimiento del asunto a otro órgano judicial superior distinto al que dictó la resolución que se pretende impugnar, definiendo de tal forma al recurso de casación como un medio de impugnación de una resolución carente de firmeza, que viabiliza la reparación jurídica, material y moral de la insatisfacción ocasionada a quien no obtuvo un acto judicial conforme a sus aspiraciones de justicia”* (Fairén Guillen, Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y la Ley Procesal, editorial Bosch, Barcelona España, 1990, p. 479). Respecto de la institución jurídica que nos ocupa y específicamente en materia laboral, el tratadista José Ignacio Ugalde González ha manifestado que: *“1/4 el recurso de casación laboral es un recurso extraordinario cuyo propósito básico consiste en la defensa del ordenamiento jurídico, así como en la uniformidad de la jurisprudencia, y en todo ello tutelando los derechos de los litigantes al resolver el conflicto litigioso planteado. Este recurso permite en el orden jurisdiccional laboral, combatir la protección de la norma jurídica con la protección de los derechos de los litigantes.”* (El recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32). En esta misma línea, es importante recalcar que este Tribunal procederá al respectivo control de legalidad del fallo cuestionado en atención a lo

dispuesto en el artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la República, especificando que el recurso de casación, sólo procede en los casos taxativamente establecidos en la ley, esto es por causales *in iudicando* o también conocidos como vicios de juicio del tribunal o infracción de fondo; por causales *in procedendo* o vicios de actividad o infracción en las formas, de ahí que, las resoluciones emitidas por instancias inferiores puedan ser revisadas por esta Sala evitando generar agravio a las partes procesales. A través del recurso de casación se protege el derecho constitucional a la igualdad en aplicación de la Ley y la seguridad jurídica contenidos en los artículos 11 numeral 2 y 82 de la Constitución de la República, lo que equivale a afirmar que mediante este recurso se intenta obtener una interpretación homogénea del Derecho en todo el territorio nacional o lo que es lo mismo, la uniformidad de la jurisprudencia. En el recurso de casación se produce un verdadero debate entre la sentencia y la ley, por lo que a decir de Víctor Julio Usme Perea: *“...la naturaleza del recurso de casación, no hay duda que es netamente dispositiva, lo que obliga al recurrente a presentar argumentos concretos y precisos encaminados a demostrar la manera como el juzgador violó la norma, acreditando con razones persuasivas, más no con un discurso tipo alegato propio de las instancias, la vulneración de la ley sustancial en la sentencia impugnada”*. (Recurso de Casación Laboral, Enfoque Jurisprudencial, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 102). La casación es un recurso cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación está supeditado a que la recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida, satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, la Corte de Casación está sujeta a los límites que los recurrentes fijan al deducir el recurso.

**SEXTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con el objeto de examinar el cumplimiento con el principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, corresponde a este Tribunal revisar la sentencia de alzada en relación a las alegaciones realizadas por la impugnante, de lo que se tiene lo siguiente:

**6.1.-** Del recurso de casación planteado por la accionada, se observa que éste carece de la técnica jurídica que exige el recurso extraordinario, sus argumentos no se sujetan a la normativa impuesta por el recurso de casación; la casacionista presenta su recurso por cuatro de los cinco casos contemplados en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; en algunos de ellos no señala el vicio que acusa, o a lo contrario, indica varios yerros sobre una misma norma.

**6.2.-** Sin embargo de las falencias del recurso, en atención a lo manifestado por la Corte

Constitucional: *“(1/4) los jueces casacionales, durante la fase de admisión, ya efectuaron una verificación del cumplimiento con los requisitos establecidos en la norma constitucional, de tal forma que no cabe que en sentencia nuevamente se pronuncien sobre aspectos de forma, negándose a conocer el fondo del asunto controvertido, pues una vez admitido a trámite el recurso deben resolver sobre las pretensiones del recurrente, garantizando así una adecuada tutela judicial”*. (Sentencia de la Corte Constitucional No. 307-15-SEP-CC, caso No. 0133-13-EP), con el objeto de examinar si se ha lesionado el derecho a la defensa de la impugnante y cumpliendo con el principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, nos corresponde a este Tribunal revisar la sentencia impugnada, en relación a las alegaciones realizadas por la recurrente, se manifiesta lo siguiente:

### **6.3.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: CASO UNO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO**

**ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:** La accionada invoca el caso uno del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que indica: *“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”*

Para que prospere este caso o causal es necesario que concurren los siguientes elementos básicos: a) La existencia de alguno de los vicios contemplados en la citada norma respecto de un precepto jurídico procesal, esto es de una norma adjetiva; b) Que la infracción de la norma procesal haya conducido a la nulidad insubsanable, es decir, sin posibilidad de reparación; también si la falta ha ocasionado la indefensión del recurrente; c) Además de lo indicado, esta causal exige que el error sea de tal magnitud (gravedad de la transgresión) que haya influido en la decisión de la causa y naturalmente que la nulidad no hubiere sido convalidada legalmente, pues en este último caso, habría desaparecido el motivo de la nulidad.

Existen dos principios que regulan o determinan el alcance del caso uno del artículo 268 del COGEP: el de especificidad, es decir que la infracción esté establecida específicamente en la ley como causa de nulidad procesal, y el de trascendencia, el cual implica que el vicio sea de tal importancia que efectivamente anule la causa sin lugar a reparación o que también haya provocado a una de las partes un estado de indefensión, es decir, que no se hubiere permitido o se hubiere coartado el libre derecho a la defensa al no poder utilizar todos los medios que la ley establece para su ejercicio. Respecto del primer principio de especificidad tenemos que el propio Código Orgánico General de Procesos, en el CAPÍTULO VIII, se refiere a las NULIDADES y determina las causales en el artículo 107, y establece: *“Artículo 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.”*

3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto.<sup>o</sup>

El principio de trascendencia obliga al juzgador a determinar si la falta es de tal gravedad que amerite la declaratoria de nulidad procesal, pues de lo contrario, si por cualquier falla procesal intrascendente se tendría que decretar la nulidad del juicio, se atentaría contra el principio constitucional de no sacrificar la justicia por la omisión de meras formalidades previsto en el artículo 169 de la Constitución de la República que indica: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*<sup>o</sup>

Varios juristas se han pronunciado sobre la nulidad, para Azula Camacho, *“la nulidad, el vicio que se opone a la validez, se refiere a la falta de requisitos que precisa un acto procesal para que se considere realizado o producido, a los presupuestos necesarios para que nazca como tal a la vida jurídica, para que se exteriorice o las formalidades que la ley procesal ha establecido como imprescindibles para que estos actos emerjan a la vida jurídica de manera válida y produzcan, en consecuencia, los efectos previstos en la norma procesal. Así un acto procesal requiere tres requisitos: existencia, validez y eficacia.”* (Jaime Azula Camacho, Curso de Teoría General del Proceso, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1986, 3a. ed., p.379). El jurista Fernando Canosa, a las nulidades procesales las define como: *“¼la sanción que ocasiona la ineficacia del acto a consecuencia de yerros en que se incurre en el proceso. Se las designa también como fallas in procedendo o vicios de actividad cuando el juez o las partes, por acción u omisión, infringen las normas contempladas en el código de procedimiento civil. a las cuales debe someterse inexcusablemente, pues ellas les indican lo que deben, pueden y no pueden realizar”*. (Canosa, Fernando: Las Nulidades Procesales en el Derecho Procesal Civil, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p 23). Para el argentino Luis Maurino, *“Nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido.”* (Maurino Luis Alberto Nulidades Procesales, 2001 p.19).

**6.3.1.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.-** Con la fundamentación realizada por la impugnante, el problema jurídico a resolver consiste en: *verificar si en el presente caso, hay nulidad, pues a criterio de la recurrente quedó en indefensión, en el momento en que los jueces*

*provinciales confunden la ilegitimidad de personería con la falta de legítimo contradictor.*

**6.3.2.-** En el caso sub judice, sobre lo alegado, se debe tener en cuenta que el Tribunal Ad quem, en la sentencia recurrida, manifiesta: <sup>a</sup> **CUARTO: DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES PREVIAS: La demandada al contestar la demanda a fs.87, ha deducido como excepción previa ilegitimidad de personería pasiva, indicando que cualquier reclamo debe hacerlo a los herederos del señor John Roy Zufelt, manifiesta asimismo que en el correo electrónico que la parte actora presenta como prueba del despido intempestivo por parte la señora Ischelle Márquez, se nombra al señor John Roy Zufelt por tres ocasiones y es ante éste que debe hacerse cualquier reclamo. Al contestar dicha excepción previa los actores indican que la demandada es la propietaria de la propiedad en donde se ha desarrollado el proyecto Wellness Center Ecuador de lo cual también es dueña y por tanto debe responder de forma directa a sus obligaciones laborales. DICHA EXCEPCIÓN PREVIA HA SIDO DEBIDAMENTE ANALIZADA POR EL SEÑOR JUEZ AQUO, DONDE SE RECHAZA LA MISMA, SIN QUE LA PARTE DEMANDADA HAYA INTERPUESTO NINGÚN RECURSO DE APELACIÓN CON EFECTO DIFERIDO RESPECTO A ESTE AUTO INTERLOCUTORIO DONDE SE DESECHÓ DICHA EXCEPCIÓN, POR LO TANTO NADA CORRESPONDE AL TRIBUNA DEL VOTO DE MAYORIA PRONUNCIARSE (1/4)°.**

**6.3.2.1.-** El Juez de primera instancia en la sentencia indicó: <sup>a</sup> (1/4) *En el presente caso en la contestación a la demanda de fs.87, se ha planteado como excepción previa la ilegitimidad de personería pasiva, señalado que cualquier reclamo debe hacerlo a los herederos del señor John Roy Zufelt, (1/4) en el presente caso, los actores han escogido como su demandada a la señora Ischelle Márquez, sin haber constancia expresa en el libelo inicial de demanda que vislumbre falta de legitimación en la causa de la parte demandada de forma clara y objetiva, ya que no se menciona la participación de una tercera persona como parte del vínculo laboral, por el contrario de forma puntual señalan a la señorita Ischelle Márquez como su empleadora puesto que según informan aquella los contrató, pagaba sus remuneraciones e impartía las órdenes correspondientes, por consiguiente no se acepta la excepción previa propuesta y es frente a esta que reclaman sus pretensiones laborales. Aclarando que esto NO significa pronunciamiento sobre el fondo del asunto y que es parte del problema jurídico planteado por la propia parte demandada en su excepción genérica de fondo que más adelante se resolverá, sobre la inexistencia de la relación laboral entre los ahora contendientes. Se deja constancia que el presente auto interlocutorio no ha sido apelado por las partes (1/4)°.*

**6.3.2.2.-** El artículo 277 del Código Orgánico General de Procesos, dispone: <sup>a</sup> *Legitimación para interponer el recurso. El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en*

*la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella. En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro.*<sup>o</sup>; este Tribunal de Casación considera que al ser un punto analizado y rechazado por el Juez de primera instancia, en donde se constata que no existió apelación de la parte demandada; cuestión que es tomada en cuenta por el Tribunal Ad quem, lo que pretende la parte demandada, es que este Tribunal conozca y se pronuncie en relación a la acusación de nulidad procesal, lo que no es posible; ya que la casacionista, en el momento oportuno, esto es, en la audiencia única, no interpuso el correspondiente recurso de apelación del auto interlocutorio con efecto diferido, conformándose con lo resuelto; razón por la cual, no estaba legitimada para interponer el recurso de casación en base al caso uno del artículo 268 del COGEP.

**6.4.- CASO DOS DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:** La defensa técnica de la parte demandada fundamenta su recurso también en el **caso dos** del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que se configura <sup>a</sup> *Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*<sup>o</sup>.

El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, está previsto para defectos en la estructura del fallo, sea por falta de requisitos; por vicios de contradicción o incompatibilidad entre las decisiones o entre éstas y las consideraciones, errores que deben ser perceptibles al analizar el fallo impugnado; y, por falta de motivación, vicio este último, que no puede ser considerado únicamente cuando no se enuncien los principios jurídicos y la pertinencia de su aplicación en relación a los antecedentes de hecho, sino también por falta de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Este caso se lo conoce doctrinariamente como *casación en la forma*: aquello, porque la sentencia, no contiene alguna de sus partes, porque existe incompatibilidad entre las partes integrantes de la misma o por falta de motivación. El Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 130 le asigna al Juez la facultad de ejercer las atribuciones jurisdiccionales acorde con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y leyes; y el numeral 4 del mismo artículo, le impone el deber de motivar apropiadamente sus resoluciones, cuando manifiesta: <sup>a</sup> *No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;*<sup>o</sup>. En esta línea, Fernando de la Rúa, en *Teoría General del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, Págs. 150 y Ss., ha señalado: *"La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos,*

*debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. No es suficiente que el juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan.*°; verbigracia, la Corte Constitucional ha expresado que el juez no puede decidir en forma arbitraria, pues para que su decisión se encuentre debidamente motivada es necesario que concurren tres requisitos: a) razonabilidad; b) lógica; y, c) comprensibilidad como elementos que garantizan la motivación (en el debido proceso), entendiéndose: "(...) *razonable, en el sentido de que la decisión se fundamente en lo dispuesto en la Constitución de la República; lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión general del caso; comprensible, en lo que se refiere al lenguaje que se utilice en la decisión, mismo que debe ser dirigido hacia el entendimiento por parte de la ciudadanía*". (sentencia No. 073-14-SEP-CC, caso No. 0846-11-EP, de 16 de abril de 2014); por lo tanto, le corresponde al juzgador expresar de manera clara, completa, legítima y lógica los razonamientos con argumentos convincentes, de modo tal que el hecho fáctico se subsuma en el hipotético de la norma jurídica que ligue a las partes con el proceso y le lleven a concluir afirmativa o negativamente; convirtiéndose aquello para los litigantes y la colectividad en un derecho constitucional, que les permite el control de la arbitrariedad y el abuso de poder en las decisiones judiciales.

**6.4.1.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Con la fundamentación realizada por la recurrente, el problema jurídico a resolver consiste en: *determinar si en efecto la sentencia impugnada es una resolución contradictoria e incompatible y carece de motivación.*

**6.4.2.-** La parte accionada en la fundamentación de su recurso hace alusión a los dos supuestos que señala el caso dos, ya que en su criterio se trata de una sentencia contradictoria y que adolece de motivación. Respecto al primer supuesto, la casacionista indica que la sentencia es contradictoria; ya que, en la parte expositiva en donde constan cada una de las peticiones presentadas por los litigantes se establece en el considerando tercero: *° (1/4) Qué jamás contrató al señor Hans Peter Donke ni a su esposa Tanja Zirkler, o les pagó alguna remuneración para que realice algún trabajo para ella, que jamás les dio una orden para que ejecuten algún diseño, ni realicen algún trabajo, que todo lo que hacían era en acuerdo con su novio Jhon Roy Zulfet, creador y desarrollador de un proyecto de emprendimiento denominado Wellness Ecuador (1/4) °.* (En alusión a la contestación a la demanda).°; sin embargo, en la parte considerativa del fallo recurrido se señala: *° (1/4) Al respecto, es preciso indicar que la relación laboral habida entre los justiciables, el tiempo de servicios, como la*

remuneración, no es materia de la controversia, ya que se encuentra suficientemente demostrada (1/4)°.

**6.4.3.-** Por su parte, la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Loja señala en su sentencia de mayoría, lo siguiente: <sup>a</sup> 7.2 *En el caso sub judice, del estudio de la demanda se determina que la pretensión de los actores es que el Juzgador disponga el pago de algunos rubros por concepto de indemnizaciones laborales que detallan en su demanda. Al respecto, es preciso indicar que la relación laboral habida entre los justiciables, el tiempo de servicios, como la remuneración, no es materia de controversia, ya que se encuentra suficientemente demostrada, con la siguiente prueba:*

7.1.2.- *Para comprobar el lugar donde laboraron los actores consta a fojas 9 a 10 la materialización de la página web de WELLNESS-ECUADOR.COM, en el cual se indica que se trata de un lugar de hospedaje y sus beneficios naturales, cuya extensión es de 1.8 hectáreas;* 7.1.3.- *Se ha incorporado copias debidamente certificadas del proceso judicial número 11804-2017-00073, tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de Loja, seguido por Ischelle Márquez( ahora demandada) en contra del Municipio de Loja en el que constan en copias : a) Pago de Impuesto predial del año 2017 con título de crédito Nro.-4064446, pago del cual se establece como propietaria la señora Ischelle Márquez ( hoy demandada) b) Pago de permiso de construcción de obra mayor en la propiedad de Ischelle Márquez,( hoy demandada) c) Título de crédito de aprobación de planos Nro.-4077130 de la propiedad de Ischelle Márquez,( hoy demandada) d) Pago de multa por título de crédito Nro.-3811065 a la Comisaria de Ornato de la propiedad de Ischelle Márquez, e) Permiso de Construcción Nro. 42 emitido por el jefe de control y regulación urbana del Municipio de Loja a favor de la propietaria Ischelle Márquez, fs.112. f) Escritura públicas de compraventa de la propiedad ubicada en el sector la granja de la parroquia Malacatos del cantón y provincia de Loja, de igual forma a favor de la compradora Ischelle Márquez, fojas 114 a 121. g) Certificado de propiedad emitido por el Registro de Propiedad de Loja consta como propietaria y compradora la señorita Ischelle Márquez, a fojas 122.;* 7.1.4.- *Con el correo electrónico, dirigido por la demandada a través del usuario ischelle@wellness-ecuador.com y dirigido a email tanja.zirkler@freenet.de, de los actores, documento que se encuentra debidamente traducido al español y ha sido desmaterializado (1/4)* 7.1.5.- *Con los testimonios de Verena Emmy Annemarie Netzel y Harald Netzel (1/4)°.*

**6.4.3.1.-** Confrontadas las alegaciones propuestas por la parte demandada con lo resuelto por la mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, este tribunal de casación observa que no existe contradicción en lo resuelto en la sentencia recurrida, por cuanto la Sala del tribunal ad quem lo que indica es: <sup>a</sup> *Al respecto, es preciso indicar que la relación laboral habida entre los justiciables, el tiempo de servicios, como la remuneración, no es materia de*

*controversia, ya que se encuentra suficientemente demostrada, con la siguiente prueba: 1/4º y pasa a determinar cada una de las pruebas aportadas por las partes y que según la mayoría del tribunal adquem le sirven para llegar al convencimiento de que ha existido relación laboral entre los justiciables; sin que esto signifique que el tribunal de segunda instancia de una manera directa afirme que la relación laboral entre los justiciables no era materia de la controversia; por consiguiente, al ser una aseveración errada de la casacionista y no tener sustento legal, se rechaza la acusación.*

**6.4.3.2.-** Respecto a la acusación por falta de motivación, la recurrente señala como infringido el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República, norma constitucional cuyo efecto jurídico en una resolución no debidamente motivada acarrearía la nulidad, por lo que, cuando se acusa la vulneración de la motivación como deber en toda resolución judicial, se exige que la parte recurrente indique, si la fundamentación de la sentencia ha sido mínima, ha sido insuficiente o carece totalmente de motivación y cuáles han sido las razones o elementos, que llevaron al tribunal de apelación a no motivarla debidamente.

De los fundamentos mencionados, este Tribunal observa que la casacionista está inconforme con la decisión del tribunal de alzada y está discutiendo hechos y pruebas; acusaciones que no corresponden al caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos ya que la defensa técnica de la recurrente debe recordar que la motivación no se ve afectada porque las conclusiones del tribunal ad quem sean divergentes o contrarias con las pretensiones de quien recurre; sino que exige que toda resolución como acto jurídico procesal, mantenga orden y cohesión lógico jurídica, explicando los motivos de la decisión, razones por las cuales se rechazan los yerros formulados.

## **6.5.- CASO CUATRO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL**

**DE PROCESOS:** La parte recurrente invoca el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que señala: *“Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4)4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.”* Este caso tiene como principio fundamental, la tutela de la autonomía que gozan los jueces de instancia al examinar los hechos, actividad limitada para este tribunal de casación. Sin embargo, la ley nos atribuye la posibilidad de revisar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de la prueba, únicamente, si al hacerlo violaron los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa, fundamentando su resolución bajo pruebas actuadas contraviniendo la

ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido. Encontrándonos por el presente caso, con la infracción indirecta de la norma jurídica sustancial, en el cual el vicio de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba ha generado la aplicación equivocada o inaplicación de otra norma de derecho; sin que baste citar el precepto infringido, sino señalando también la norma sustantiva que ha sido violada como resultado de la infracción al momento de valorar la prueba, cabe tener presente que los criterios valorativos del Juzgador que han ocasionado la insatisfacción del recurrente, no constituyen *per se* un elemento para oponer el recurso de casación, la ley expresamente exige para ello, se infrinjan las disposiciones jurídico positivas que regulan la apreciación de la prueba, demostrando que esta es absurda o que ha existido una evidente arbitrariedad; obligando aquello al recurrente a precisar el elemento lógico o principio de la sana crítica que se ha vulnerado, y que el juez estaba obligado a aplicar; y explicar cómo dicho error produjo el vicio que se alega.

Al atacar la sentencia por este caso, es obligación de quien comparece, realizar una explicación precisa y lógica de cómo se han vulnerado cada una de las normas señaladas en el escrito de interposición, demostrando la correlación existente entre las normas infringidas, el vicio que debe concurrir con cada una de éstas y la causal alegada, debiendo constar además las normas adjetivas que sirven de medios de prueba, explicarlas en forma particular, individual de cómo fueron infringidas, teniendo en cuenta que éstas establecen los procedimientos admitidos por la ley para la presentación de la prueba, mediante la cual, las partes pretenden establecer la existencia de un derecho o llevar la verdad fáctica al proceso y el juez pueda establecer la realidad de los hechos.

**6.4.1.-** La parte demandada al amparo del caso cuatro, alega que el tribunal de apelación ha infringido los artículos 164, 186 y 189 del COGEP; ya que, no se ha considerado la prueba testimonial en relación con otras pruebas del proceso, indica: *"... los jueces de instancia no consideran el contexto de la declaraciones de los señores Verena Emmy Annemarie (numeral 7.1.5.) y de Harak Netzel (numeral 7.1.5)., en relación con las otras pruebas, que existen en el proceso, por ejemplo con la declaración de parte de la demandada, o con el Movimiento Migratorio de la señora Tanja Zirkler, con el recibo que firmó el acto, en el que se establece que Ischelle Márquez paga a nombre del señor Jhon Zulfet las cartas de los accionantes que exigen el pago por diseños realizados en el lugar. (¼) si se parte de la definición de testigo se puede establecer que ninguno de los testigos presentados por la parte demandada pudo percibir con sus propios sentidos en forma directa la existencia de un pago por concepto de remuneración hacia los actores, es tan así que indican que saben sobre la existencia de una remuneración por qué así le dijeron los accionantes. Es justamente por aquello que es*

*necesario que la prueba testimonial siempre sea relacionada con otras pruebas (1/4)°*

**6.5.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Con la fundamentación realizada por la impugnante, el problema jurídico a resolver consiste en: *verificar si el tribunal de alzada ha infringido los artículos 164, 186 y 189 del Código Orgánico General de Procesos al no valorar la prueba en conjunto.*

**6.5.1.-** Por su parte, la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja en la sentencia recurrida expresa: *“7.2 En el caso sub judice, del estudio de la demanda se determina que la pretensión de los actores es que el Juzgador disponga el pago de algunos rubros por concepto de indemnizaciones laborales que detallan en su demanda. Al respecto, es preciso indicar que la relación laboral habida entre los justiciables, el tiempo de servicios, como la remuneración, no es materia de controversia, ya que se encuentra suficientemente demostrada, con la siguiente prueba:*

*7.1.2.- Para comprobar el lugar donde laboraron los actores consta a fojas 9 a 10 la materialización de la página web de WELLNESS-ECUADOR.COM, en el cual se indica que se trata de un lugar de hospedaje y sus beneficios naturales, cuya extensión es de 1.8 hectáreas; 7.1.3.- Se ha incorporado copias debidamente certificadas del proceso judicial número 11804-2017-00073, tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de Loja, seguido por Ischelle Márquez( ahora demandada) en contra del Municipio de Loja en el que constan en copias : a) Pago de Impuesto predial del año 2017 con título de crédito Nro.-4064446, pago del cual se establece como propietaria la señora Ischelle Márquez ( hoy demandada) b) Pago de permiso de construcción de obra mayor en la propiedad de Ischelle Márquez,( hoy demandada) c) Título de crédito de aprobación de planos Nro.-4077130 de la propiedad de Ischelle Márquez,( hoy demandada) d) Pago de multa por título de crédito Nro.-3811065 a la Comisaria de Ornato de la propiedad de Ischelle Márquez, e) Permiso de Construcción Nro. 42 emitido por el jefe de control y regulación urbana del Municipio de Loja a favor de la propietaria Ischelle Márquez, fs.112. f) Escritura públicas de compraventa de la propiedad ubicada en el sector la granja de la parroquia Malacatos del cantón y provincia de Loja, de igual forma a favor de la compradora Ischelle Márquez, fojas 114 a 121. g) Certificado de propiedad emitido por el Registro de Propiedad de Loja consta como propietaria y compradora la señorita Ischelle Márquez, a fojas 122.; 7.1.4.- Con el correo electrónico, dirigido por la demandada a través del usuario ischelle@wellness-ecuador.com y dirigido a email tanja.zirkler@freenet.de, de los actores, documento que se encuentra debidamente traducido al español y ha sido desmaterializado, (1/4) 7.1.5.- Con los testimonios de Verena Emmy Annemarie Netzel y Harald Netzel, quienes deponen en lo principal: La señora Verena Emmy Annemarie Netzel: Que conoce a los actores y a la demandada desde septiembre del 2016; que a la demanda Ischelle, quien está presente en la sala de audiencia; que conocían que trabajaban en la propiedad de Wellness Center*

Ecuador; que ella vive a tres Kilómetros; que Tania y Hans acudían a la propiedad de Wellness Center Ecuador; que ella los presentó a Tania y Hans con John e Ischelle, que se reunieron en su casa, tenían un interesante producto orgánico y se sentaron a hablar; que los actores trabajaban en la propiedad; que ellos plantaban en el jardín y diseñaba, que Tanja limpiaba y Hans diseñaba; que trabajaban los siete días; los sábados y domingos; que esto conoce por que siempre estaba en contacto por Skype y también la visitaba, que ella siempre le decía que estaba trabajando; que los vio trabajar durante el 2017 y 2018, desde febrero de 2017, hasta enero de 2018; que la remuneración de Hans era de cuatrocientos dólares y Tanja de cien dólares. Esta testigo en el contrainterrogatorio, dice: Que conoció al señor John Roy Zufelt; que era su amigo; que él vivía junto con Ischelle, que tenían una relación sentimental; que cuando los presentó estaban presentes en su casa Hans, Tanja y también estaban John e Ischelle; que quienes contrataron a Hans y Tanja fueron John e Ischelle, que siempre estaban juntos; que John e Ischelle les preguntaron a ella y a su esposo, si Tanja y Hans podían trabajar en el Wellness Center Ecuador, a lo que respondieron que sí; que les dio el correo electrónico de John para que ellos se comuniquen; que no ha estado presente en el acuerdo al que arribaron; que desde su domicilio no se puede ver la propiedad de la Granja; que conoce los horarios de trabajo, porque hablaba casi a diario y los visitaba; que veía a otras personas que también trabajaban en aquel lugar, pero no puede saber cuántos más; que Hans diseñaba y plantaba en el jardín, que construía gazebos, limpiaba la piscina y que Tanja, todos los días limpiaba la piscina; que los vio cuando los visitaba a ellos, cada semana y que John e Ischelle estaban allí algunas veces, sabía que Tanja e Ischelle trabajaban juntas haciendo quesos; no conocer si Tanja, recibía pagos por los quesos; que quien financiaba la construcción era John e Ischelle, puesto que ellos trabajan juntos como una pareja, ellos siempre interactuaban; no haber visto a John pagar dinero a Hans y Tanja; que observó dar órdenes a Ischelle, a Tanja. El testigo Harald Netzel, depone en lo principal: Que Ischelle y John eran amigos, ellos fueron a su casa por diferentes razones, nos hicimos amigos; cuando Hans y Tanja estaban en nuestra casa, también estaban Ischelle y John y buscaban personas para trabajar y nos preguntaron que si podían recomendarlos, a lo cual respondieron que sí, ellos se encontraron en varias ocasiones y parecía que se llevaban bien; que los actores trabajaban desde principios de 2017 aproximadamente por febrero; que observó a Hans y Tanja trabajar en la propiedad; Hans ayudaba en todo lo que se necesitaba para abrir el centro y Tanja trabajaba como una señora de limpieza, incluido la piscina, que los actores vivían en la propiedad en una casa y luego en un departamento; que vivían allí otros huéspedes, pero John e Ischelle tenían otra propiedad; que John e Ischelle atendían a los huéspedes; las compras del mercado para Ischelle y John se la hacían ellos mismos; que Hans percibía cuatrocientos dólares y Tanja cien dólares. Al ser contrainterrogado manifiesta: que piensa que John e Ischelle eran los jefes de los actores; que estuvo en el centro (Wellness-Ecuador) unas seis o siete veces; que el actor Hans,

realizaba varias actividades, que el sembraba, instalo sistema de agua, cuidaba las plantas, ayudo hacer trabajos eléctricos en la puerta, todas las cosas eran hechas por Hans y Tanja; que él sabe eso, porque el vio hacer esas cosas; Ischelle trabajaba mayormente con Tanja y Hans con John; que Tanja trabajan en las cosas que hacía Ischelle, haciendo jabón, que vio brevemente; en parte vio a Ischelle controlando las actividades de Hans y Tanja, en parte no completamente, nosotros no estábamos relacionados en las actividades del día a día, solo vivimos cuando estábamos allí, la relación siempre fue muy amigable; no saber quién pagaba la construcción del centro; asume que quien controlaba los horarios eran John e Ischelle, por cuanto ellos eran los jefes, eran cosas privadas de las que no hablaron; que no ha estado presente cuando se determinar las condiciones del contrato; que existía un ofrecimiento de un lugar para vivir; 7.1.6.- La demandada ha presentado la siguiente prueba: 7.1.7.- Testimonio de los señores Filomena Guillermina Puglla Ruales y Marcelo Plutarco Romero Lanchi, quienes de deponen de la siguiente manera: La señora Filomena Guillermina Puglla Ruales, dice que conoce al señor John Roy Zufelt y a la señorita Ischelle Márquez, por cuanto trabajaba para el señor John en quehaceres domésticos; en dos propiedades del señor John, la una ubicadas en La Granja y la otra en Loma Redonda; La propiedad de la granja vivían John e Ischelle; La propiedad de Loma redonda la limpiaba únicamente ella, que conoce a los señores Hans y Tanja, puesto que John se los presentó como amigos; cuando ella iba a limpiar ellos vivían en la propiedad; la propiedad de Loma redonda únicamente la limpiaba ella; que quien la contrató fue el señor John; quien le pagaba era el señor John; que la señorita Ischelle nunca le dio órdenes, puesto que ella ya trabajaba desde antes; que trabajaba en la Granja toda la semana y en Loma redonda dos veces a la semana; Que los señores Hans y Tanja, no le dieron ordenes, pero que ella limpiaba toda la casa; que en Loma redonda trabajaban otras personas de nombres Jhonson, Roberto, el señor Romero; no haber visto a Tanja y Hans trabajando. Testimonio del señor Plutarco Marcelo Romero Lanchi, declara: que conoció al señor John Roy Zufelt; que lo conoció justamente por la construcción del proyecto de Loma Redonda; que hicieron un contrato de construcción de dos casas y luego hicieron un contrato notariado; que únicamente firmó el contrato el señor John no la señorita Ischelle; que quien impartía las ordenes era el señor John; que la señorita Ischelle no impartía ordenes; que laboraba en una jornada de cinco días; haber visto a los señores Hans Donke y Tanja Zirkler, puesto que John le había dicho que ellos sabían de jardinería y que querían obtener su visa; que no laboraban, que realizaban esporádicamente jardinería, pero de repente, no tenían horario, que de repente asomaban otras veces no; que no conoce el tipo de contrato que tenían, únicamente lo que le mencionó que el señor John quería ayudarles. no estaba pendiente de la obra, que todo lo coordinaba John, que Hans llegó al final. En decurso de la audiencia se ha receptado la declaración de parte de la demandada: Ischelle Márquez quien declara: Que conoce a los actores desde que John se los presentó; que es verdad que ella tiene una propiedad; que ella si observó a

*Hans y Tanja en su propiedad; no saber lo que hacía Tanja, puesto que ellos tenían un arreglo con John y no con ella, que John les iba a ayudar con la visa, cualquier arreglo era con John; que actualmente vive en la propiedad; sobre el documento de la fojas seis (contenido del correo electrónico), señala que es su correo electrónico. En el conainterrogatorio responde: Que conoció al señor John Roy Zufelt, cuando John fue a ayudar a las víctimas del terremoto en Filipinas; que él fue su novio; que es dueña de una propiedad, pero que ella no se ha encargado de la construcción, que quien se encargó fue John; que ella no financió dicha construcción; que no contrato a los actores del proceso; que igual no contrato otros trabajadores; que John construyó este centro, puesto que sabía que no era joven, él quería tener una buena vida cuando él se vaya; sobre los documentos de 15 de enero 2018 y 2 de febrero de 2018, de fojas 65 y 79, señala que quien se los entregó, fue el señor Hans Peter Donke; le entregó dinero a Hans Peter Donke, que firmó un recibo, que el dinero lo entregó a nombre de John, el 19 de enero de 2018, que existe un recibo que se encuentra en el proceso; que también entregó dinero a Tanja, que igual firmó un recibo, que se encuentra a fojas 66; que esté dinero lo entregó, ya que ellos dijeron que si no les daba, iban a destruir la propiedad; no conoce cuales son las mejoras que los actores realizaron; que ellos en los documentos en los recibos, ellos (los actores) hablan de diseños; que la señora Tanja Zirkler, no prestó servicios domésticos para ella; no conoce si el señor Hans Peter Donke, realizaba inspecciones a otros trabajadores; que el correo electrónico que se le presentó por la parte actora, ella no lo escribió; que ella pidió a Angie y Verne para que le ayuden a escribir; que lo hicieron desde su correo, puesto que Tanja y Hans estaban pidiendo a ellos, puesto que no sabía cómo fue el arreglo con John, entonces le pidió ayuda a la familia de John; que no les pagaba mensualmente a los actores; (1/4) En el presente caso, esta forma ilegítima de dar por terminada la relación laboral, ha sido comprobada mediante el correo electrónico dirigido por la demandada a través del usuario ischelle@wellness-ecuador.com y dirigido a email tanja.zirkler@freenet.de, de los actores, documento que se encuentra debidamente traducido al español y ha sido desmaterializado, donde en su parte pertinente se lee 1/4 Hola Hans y Tanja 1/4 °, " Si bien todos estamos muy agradecidos por el trabajo que han realizado aquí en el centro de bienestar, es lamentable que en este momento Ischelle deba finalizar su contrato de vida y trabajo aquí en el centro de bienestar. Una vez más queremos agradecer por todo lo que han hecho y desearles todo lo mejor en sus esfuerzos futuros. De acuerdo con la solicitud de Ischelle, le gustaría ofrecer un último acuerdo de indemnización. A continuación hay dos opciones que ella pone a su disposición. Opción uno, dos meses de pago si pueden irse antes del 19 de enero de 2018 u Opción 2 un mes de pago si pueden irse antes del 26 de enero de 2018. Saludos cordiales Ischelle, Verne y Angie. (Traducción fojas 17, sustentada en audiencia por el perito que incorpora informe de fojas 12 a 17°. Con este correo electrónico se concluye que la parte demandada despidió intempestivamente a los actores (1/4) ° .*

**6.5.2.-** Con respecto a este caso cuarto, este tribunal considera lo siguiente: La valoración de la prueba presentada, es privativa de los jueces de instancia de acuerdo a su sana crítica, sin embargo la Corte de Casación debe observar que esta valoración no haya sido absurda, ilegal, arbitraria e ilógica.

Los jueces de instancia son libres para la apreciación de la prueba siempre y cuando no se demuestre evidente arbitrariedad o absurdo en dicha valoración, ya que no se puede recurrir de una sentencia por la sola discrepancia con la valoración de la prueba hecha por el tribunal de alzada. Al tener el recurso de casación el carácter extraordinario, su competencia se encuentra limitada a examinar las violaciones de derecho en la aplicación de las normas legales relativas a la valoración de la prueba, o de las reglas de la lógica, la experiencia o de la psicología, que el Juez debió aplicar en la valoración de la prueba. En conclusión como lo indica Fernando De la Rúa, el órgano casacional no puede inmiscuirse en la valoración de las pruebas que hace el juzgador *“ sólo puede controlar si son válidas (control de legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (control de logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación”* (El recurso de casación en el derecho positivo, pág. 153).

**6.5.3.-** Las normas del Código Orgánico General de Procesos, alegadas como infringidas, señalan:

*“Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.*

*La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.*

*La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.”*

Esta norma procesal determina a la sana crítica como precepto jurídico aplicable a la valoración de los medios probatorios, por lo que cabe recordar que la sana crítica es la: *“ 1/4 actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley; y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas.”*. (Lino Enrique Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, Decimotava edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 392). Compartiendo este criterio con el jurista uruguayo Couture que señala: *“ Este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de*

*regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento<sup>14</sup>° (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial B de F., cuarta edición póstuma, 2002, pp. 221-222).*

*“Art. 186.- Valoración de la prueba testimonial. Para valorar la prueba testimonial, la o el juzgador considerará el contexto de toda la declaración y su relación con las otras pruebas.”*, norma que también constituye un medio de valoración probatoria pues indica cómo debe el juez considerar una prueba testimonial, debiendo hacerlo en el tenor de toda la declaración y relacionándola con las otras pruebas actuadas.

*“Art. 189.- Testigo. Es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente hechos relacionados con la controversia.*

*Puede declarar como testigo cualquier persona, salvo las siguientes:*

*1. Las absolutamente incapaces.*

*2. Las que padecen enfermedad mental, que les prive la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad.*

*3. Las que al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.”* Esta norma no contiene un precepto jurídico de valoración de la prueba, sino que define al testigo y posteriormente precisa quiénes no pueden serlo.

**6.5.4.-** La valoración jurídica es un proceso que se inicia con el conocimiento de los hechos y del derecho en litigio, luego pasa por la formulación de varios juicios lógicos y axiológicos para terminar en una conclusión, que puede ser parcial a cada asunto sometido a conocimiento del juez o general, es decir la resolución del caso. Debiendo establecer los sistemas jurídicos de valoración, mediante los cuales el juzgador adoptará su decisión. Existen tres sistemas jurídicos de valoración de la prueba: a)

el sistema de valoración legal; b) de la sana crítica; y, c) de la libre convicción. En el sistema legal también denominado sistema de prueba tasada, el juzgador está sometido a reglas fijas y absolutas, no teniendo una la libertad valorativa, pues está sometido obligatoriamente a las pautas legales previamente establecidas en la ley. El sistema de libre convicción no está previsto en la ley, sin embargo, el juzgador tiene la posibilidad de decidir sobre la admisibilidad o no de un medio probatorio, excluyendo posibles caprichos jurídicos permitiendo formar sin ataduras su convencimiento sobre la apreciación de la prueba. Y el sistema de la sana crítica es un sistema intermedio entre el legal y el de libre convicción, considerándose como reglas del correcto entendimiento humano, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad. Al ser un sistema jurídico de valoración probatoria, éste se compone de varios elementos, considerados como tales: leyes de la lógica, leyes de la ciencia y reglas de la experiencia.

**6.5.5.-** En el presente caso, según consta en la sentencia en estudio, el tribunal de instancia llega a determinar que existió relación laboral entre los actores y la demandada, y luego despido intempestivo, sobre la base de lo que sigue:

**6.5.5.1.-** Varios documentos civiles relativos a la propiedad de Ishelle Márquez, proceso judicial tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo, pago de impuesto predial, pago de permiso de construcción, título de crédito de aprobación de planos, pago de multa por título de crédito a la Comisaría de Ornato, permiso de construcción, escritura pública de compra-venta de la propiedad ubicada en el sector la Granja de la parroquia Malacatos del cantón y provincia de Loja. Documentos todos, que si bien se encuentran a nombre de la señora Ishelle Márquez, en nada justifican una relación laboral entre los justiciables.

**6.5.5.2.-** Correo electrónico dirigido a través del usuario de la demandada *ischelle@wellness-ecuador.com* y dirigido a email *tanja.zirkler@freenet.de*, de los actores, de cuyo texto claramente se desprende que no fue escrito por la accionada, sino por terceros, ajenos al presente juicio, pues se lee: *“ Si bien todos estamos muy agradecidos por el trabajo que han realizado aquí en el centro de bienestar, es lamentable que en este momento Ischelle deba finalizar su contrato de vida y trabajo aquí en el centro de bienestar. (1/4) De acuerdo con la solicitud de Ischelle, le gustaría ofrecer un último acuerdo de indemnización. A continuación hay dos opciones que ella pone a su disposición 1/4º*, por lo que no podía ser justificativo de la comprobación de una relación laboral y tampoco de despido intempestivo, tomando en cuenta que la ley, la doctrina y la jurisprudencia exigen que una relación laboral debe cumplir con los requisitos del artículo 8 del Código del Trabajo, esto es prestación de servicios, dependencia, y remuneración; y el despido intempestivo debe ser probado de

modo inequívoco, en base a lugar, tiempo, modo y circunstancias del mismo.

**6.5.5.3.-** El fallo recurrido se refiere a la prueba testimonial presentada por la parte actora, sin embargo el tribunal ad quem, no establece de manera lógica, el por qué dichos testimonios le llevan a concluir inequívocamente que hubo la relación laboral, sino que simplemente se refieren a ellos; lo que llama la atención de este tribunal de casación, pues los testimonios de Verena Emmy Annemarie Netzel y Harald Netzel, a parte de señalar que vieron a los actores en la propiedad, no logran determinar cuál era la supuesta actividad realizada por los accionantes a órdenes de la demandada, tampoco conocer sobre las condiciones de una posible contratación, ni haber visto que la demandada haya realizado pagos a los actores; por el contrario sus respuestas demuestran imprecisión como cuando la sentencia impugnada al referirse al testigo Harald Netzel, indica que éste expresa: *“ ¼ que piensa que John e Ishelle eran los jefes de los actores (¼) en parte vio a Ischelle controlando las actividades de Hans y Tanja, en parte no completamente, nosotros no estábamos relacionados en las actividades del día a día, solo vivimos cuando estábamos allí, la relación siempre fue muy amigable; no saber quién pagaba la construcción del centro; asume que quien controlaba los horarios eran John e Ischelle, por cuanto ellos eran los jefes, eran cosas privadas de las que no hablaron; que no ha estado presente cuando se determinar(on) las condiciones del contrato; que existía un ofrecimiento de un lugar para vivir.”*; testimonios con los que no es posible llegar a determinar que hubo relación laboral con la demandada Ishelle Marquez; más aún si son contradictorios con los testimonios presentados por la accionada, de Filomena Guillermina Puglla Ruales y Plutarco Marcelo Romero Lanchi, en los que, la primera afirma haber sido ella quien desempeñaba actividades de quehaceres domésticos en las propiedades La Granja y Loma Redonda, que ella limpiaba todo; que conocía a otras personas que trabajaban de nombres Jhonson, Roberto, el señor Romero y no haber visto a Tanja y Hans trabajando. Y el otro testigo Plutarco Marcelo Romero Lanchi, declara que con John firmó un contrato para la construcción de dos casas, e indica: *“ ¼ que laboraba en una jornada de cinco días; haber visto a los señores Hans Donke y Tanja Zirkler, puesto que John le había dicho que ellos sabían de jardinería y que querían obtener su visa; que no laboraban, que realizaban esporádicamente jardinería, pero de repente, no tenían horario, que de repente asomaban otras veces no; que no conoce el tipo de contrato que tenían, únicamente lo que le mencionó que el señor John quería ayudarles.”*

**6.5.5.4.-** Además, en la sentencia impugnada, los jueces de mayoría no se refieren a la prueba presentada por la demandada, como el recibo de pago que realiza la demandada a nombre de Jhon Zulfth; las cartas de los demandantes en las cuales le exigen a él (a Jhon Zulfth), el pago por diseños realizados; el movimiento migratorio de la demandante; es decir, la prueba no fue valorada en su conjunto, y sobre la base de la prueba expresada, dictan una sentencia en que se acepta la demanda al

considerar que estuvo probada la relación laboral; valoración que este tribunal considera absurda, ilegal y arbitraria, pues del examen realizado por el tribunal a la prueba analizada por la Corte Provincial, no se ha justificado la existencia de la relación laboral entre los actores Hans Peter Donke y Tanya Zirkler y la demandada Ishelle Márquez; la valoración se aparta de la condición de ser lógica, ya que se evidencian errores en la apreciación de la prueba testimonial presentada por la parte actora y no se la contrasta con los testigos de la demandada, así como con la prueba documental, la que tampoco ha sido analizada en su conjunto.

Por todo lo expuesto, este tribunal considera que los yerros acusados a la sentencia de mayoría por el caso cuatro del artículo 268 del COGEP han sido demostrados, por lo que corresponde casar la sentencia impugnada, al no haberse justificado la relación laboral entre las partes actora y demandada.

**6.6.- CASO CINCO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.-** Por último, la parte casacionista fundamenta su recurso también en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el que indica: *“ Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (1/4)5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

**6.7.-** La parte demandada acusa que la situación de que la actora Tanja Zirkler ha salido del país por tres meses, hecho que no ha sido subsumido a lo que establece el artículo 326 numeral 4 de la Constitución de la República, y a los artículos 59 y 61 del Código del Trabajo; normas que explican que una persona recibirá su remuneración de acuerdo al trabajo realizado, mismas que no han sido aplicadas en el fallo impugnado; pues, la recurrente no acepta la relación laboral y a pesar de eso se ordena el pago de haberes laborales en su totalidad por más o menos un año de trabajo de las accionantes.

**6.8.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:** Con la fundamentación realizada por la casacionista, el problema jurídico a resolver, consisten en: *establecer si el tribunal de apelación incurre en falta de aplicación del artículo 326 numeral 4 de la Constitución de la República, y de los artículos 59 y 61 del Código del Trabajo, al no considerar que la actora no tenía relación laboral con la demandada y más bien se ha encontrado fuera del país por varios meses.*

**6.8.1.-** El caso cinco imputa el vicio *in iudicando* esto es cuando el juez de instancia elige mal

la norma, utiliza una norma impertinente, o atribuye a una norma de derecho un significado equivocado; procura igualmente proteger la esencia y contenido de las normas de derecho que consta en los códigos o leyes vigentes, incluidos los precedentes jurisprudenciales, recayendo por tanto sobre la pura aplicación del derecho; el vicio de juzgamiento contemplado en esta causal se da en tres casos 1. Cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en yerro hermenéutica jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene.

Este caso cinco, no ha sido justificado por la casacionista al presentar su recurso, pues no indica cuál es el vicio con el que se ha quebrantado las normas alegadas, si por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; la esencia de esta causal es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia; la fundamentación carece de toda técnica jurídica, razón por la cual este tribunal no puede entrar a examinar los supuestos yerros por esta causal y se los desecha.

**SÉPTIMO: FALLO.-** Este tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja el 26 de noviembre de 2018, las 15h51; y al no haberse probado la relación laboral, desecha la demanda. Sin costas. En aplicación de lo que dispone el artículo 275 del Código Orgánico General del Procesos, devuélvase la caución a la parte demandada.- Notifíquese y devuélvase.

**OCTAVO: PEDIDO DE ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA ORAL.-** La defensa técnica de la parte actora, solicita aclaración del fallo oral, indicando que en la sentencia se ha dicho que la prueba ha sido valorada de manera absurda; dice, conocemos que de acuerdo a los principios de la sana crítica, los principios de valoración de la prueba son tres y estos se refieren cuando hablamos de ciencia, experiencia y lógica; la pregunta es, por qué no se ha manifestado, en qué momento, cuáles de esos tres principios la experiencia, la ciencia y la

lógica, que es base de la sana crítica, han violentado los jueces en su razonamiento, que no lo han hecho correctamente.

Se concede la palabra a la abogada de la demandada quien manifiesta que, en la resolución oral que se emitió y que la van a motivar por escrito, ustedes si mencionan por qué se casa la sentencia de acuerdo a la sana crítica y se determinó que existe una absurda valoración de la prueba, lo que obviamente contraría la lógica, por lo que no es procedente dicha aclaración, ya que la sentencia es suficientemente clara en ese aspecto.

El artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, indica: *“Art. 253.- Aclaración y ampliación.- La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. 1/4°.* Este Tribunal atiende el pedido oralmente e indica que considera que la sentencia que acabamos de dictar fue suficientemente clara indicando los motivos por los cuales razonamos que la valoración probatoria realizada por los jueces de instancia es arbitraria al carecer de lógica; la motivación constará en la sentencia escrita, artículo 95.7 del COGEP (como consta en los considerandos de este fallo); de esta manera queda atendido el recurso de aclaración solicitado.

Interviene nuevamente el abogado de la parte actora, quien solicita se le explique en la sentencia, por qué se está tomando esa decisión, se nos ha indicado que es por la lógica, pero la lógica en qué sentido respecto del caso; que se nos indique los preceptos, de qué falsedades partió para terminar en otra falsedad, queremos saber cuáles son las premisas falsas, las premisas verdaderas, por qué si se nos dice solamente la lógica, no tenemos aclaración de la sentencia.º

La Ponente expresa que se ha indicado que la sentencia es clara, el abogado al insistir, está tratando de que se dicte una sentencia en otro sentido lo que no está permitido; además el Código Orgánico General de Procesos, no prevé aclaración sobre aclaración.

DRA. ROSA JACQUELINE ALVAREZ ULLOA

**JUEZA NACIONAL (PONENTE) (E)**

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

**JUEZA NACIONAL**

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

**JUEZA NACIONAL**