



Juicio No. 09359-2020-04382

JUEZ PONENTE: DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI, JUEZA NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, miércoles 6 de diciembre del 2023, las 14h39. **Vistos:** El tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por los jueces nacionales: doctora María Consuelo Heredia Yerovi, doctora Katerine Muñoz Subía; y, doctora Enma Tapia Rivera, dictan la siguiente sentencia dentro de la causa No. 09359-2020-04382.

I. Antecedentes procesales

- 1. Identificación de las partes procesales:** La señora María Angélica Herrera Mantilla sigue juicio sumario laboral en contra de la Empresa Importadora DISVASARI S.A., en la interpuesta persona del señor José Miguel Palacios Moncayo y por responsabilidad solidaria.
- 2. El objeto de controversia determinado en la audiencia única:** El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil fijó en la audiencia única como objeto de controversia: *“1. Determinar la última remuneración percibida por la actora 2. Determinar la procedencia o no del reclamo indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio 3. Determinar la procedencia o no del reclamo de beneficios sociales de décimo tercera y décimo cuarta remuneración y vacaciones 4. Determinar la procedencia o no del reclamo de remuneración pendiente con el recargo del Art. 94 del Código del Trabajo; 5. Procedencia o no del reclamo de fondos de reserva, comisiones pretendidas 6. Procedencia o no del reclamo de uniformes 7. Procedencia o no del reclamo de Art. 51 de la LOD 8. Determinar la procedencia o no del reclamo de saldo pendiente de utilidades 2019-2020”.*
- 3. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia:** El juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil emite sentencia con fecha el 19 de mayo de 2021, a las 11h03, en la que declara parcialmente con lugar la demanda; y, dispone que la parte demandada pague a la actora, en concepto de indemnizaciones y haberes laborales, la cantidad de USD. 23.173.35. Con intereses.
- 4. Referencia a la parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia:** El Tribunal

de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 15 de junio de 2022, a las 16h34, en voto unánime dicta sentencia, declarando con lugar el recurso de apelación interpuesto por la actora, reforma la decisión subida en grado y dispone el pago de la cantidad de USD. 32.570,75.

5. **Referencia al recurso de casación:** La parte demandada propone recurso de casación al amparo de los casos uno, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP. La Conjuenza Nacional (e), doctora María Gabriela Mier Ortiz, en auto de fecha 12 de enero de 2023, dispone completar el recurso de casación; efectuado aquello, en providencia de 31 de marzo de 2023, el recurso fue aceptado.

II. Competencia

6. La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer, sustanciar y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 184 y 191 numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial; así como, por lo establecido en el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos y acta de sorteo de 16 de noviembre de 2023.
7. El tribunal de casación, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, convocó a audiencia para conocer y resolver el recurso de casación, misma que se llevó a cabo el **día lunes 27 de noviembre de 2023, a las 15h30.**
8. Una vez escuchadas las partes procesales, el Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 273 del Código Orgánico General de Procesos; y, con base a las disposiciones legales pertinentes, se procede a emitir la resolución escrita en los siguientes términos:

III. Fundamentación del recurso de casación

9. La parte demandada al fundamentar el recurso de casación, **por el caso uno del artículo 268 del COGEP**, realiza las siguientes acusaciones:
10. Que, en la sentencia emitida por el Tribunal *ad quem*, se ha producido indebida aplicación del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos-COGEP, por

cuanto, realizada la convocatoria a audiencia única, se emitió sentencia de primera instancia, ante lo cual, la accionante dentro de su escrito de fundamentación a la apelación, realiza el anuncio de prueba nueva. Que una vez precluida la etapa, resulta incomprensible que la Sala haya basado su argumentación en un artículo que no corresponde a la etapa procesal en la que se encontraba el proceso.

11. Añade que, el tribunal de apelación, debió dirigir sus decisiones con normas establecidas para el procedimiento del recurso de apelación y, no tomar normas del procedimiento general, que se encuentran determinadas específicamente para la primera instancia.
12. Que en función de lo dicho, se puede concluir que los jueces de alzada, aplicaron de manera indebida una norma procesal que no corresponde a la etapa del procedimiento, lo que transgrede gravemente la decisión de la causa, pues son estos documentos los fundamentales para conferir y aceptar el recurso de apelación presentado por la parte actora.
13. Al completar el recurso de casación, también señala que se ha producido en la sentencia de alzada, falta de aplicación del artículo 258 del COGEP, como norma procesal que ha causado un evidente caso de indefensión e influye gravemente en la decisión de la causa.
14. Que, esta falta de aplicación del artículo 258 ibídem, está relacionada con los hechos fácticos narrados en el recurso de casación, pues el Tribunal decidió no aplicar esta norma que contiene el procedimiento del recurso de apelación, la forma y oportunidad de anunciar prueba en esa etapa procesal.
15. Que, como podrá ser revisado en la sentencia de segundo nivel, en ninguna parte de su sentencia aplica lo dispuesto en el artículo 258 del COGEP, respecto al anuncio realizado en la fundamentación del recurso de apelación.
16. Continua alegando que lo ocurrido le ha dejado en indefensión al violentar el debido proceso y la seguridad jurídica con la falta de aplicación del artículo 258 ibídem, que es la norma de carácter procesal que establece el procedimiento para sustentar el recurso de apelación.
17. Cita el contenido del artículo 258 del cuerpo legal indicado y, manifiesta que el

procedimiento es claro, mismo que, conforme lo dispone el artículo 72 inciso 7, letra h) de la Constitución de la República-CRE, debe ser garantizado por el Tribunal de Apelación, por seguridad jurídica, atendiendo las alegaciones o argumentos que presente cada una de las partes, ya sea de forma oral o escrita.

18. Que en ninguna parte de la sentencia, fue considerado el artículo 258 del COGEP, pues en ninguna parte se menciona si el anuncio realizado dentro del recurso de apelación se encontraba acorde a la ley, si buscaba acreditar hechos nuevos o si versaban sobre los mismos hechos y recién luego de la sentencia de primer nivel la parte actora pudo obtenerla.
19. Sostiene que el *principio iura novit curia*, implica que, el juez conoce el derecho, facultando al juzgador sobre la base de los hechos, suplir la norma no invocada o invocada erróneamente, más allá del error de la contraparte al momento de la fundamentación, se evidencia un gran desconocimiento del Tribunal en la falta de aplicación de normas procedimentales propias del recurso que debían resolver.
20. **Por el caso cuatro:** Manifiesta que se ha infringido el artículo 164 del COGEP, puesto que, la accionante en la fundamentación del recurso de apelación, así como en el objeto de controversia fijado en segunda instancia, estableció: 1. Establecer la remuneración real de la actora y, 2. el pago de utilidades, sin embargo en el numeral 7.2.1 del fallo impugnado, no se menciona el artículo 164 *ibídem*, como motivación de su decisión, mucho menos la aplicación de la sana crítica para la valoración de la prueba.
21. Que la infracción del artículo 164 *ibídem*, se da en relación a la prueba documental constante en el proceso a fs. 26, tal como lo menciona el tribunal de alzada que concluimos parte de los correos electrónicos y anexos que anunció en el punto 5 de la prueba documental de su demanda, donde al final menciona un plan de comisiones de crédito de febrero de 2020.
22. Que consta a fs. 26 del expediente exactamente idéntico a los que obran a fs. 54 y 55 del mismo, con la única particularidad que estos últimos cuenta con la firma de la accionante, pero podemos partir desde el hecho que es un documento creado por ella misma, sin firma de responsabilidad de su jefe directo y mucho menos con alguna confirmación o afirmación respecto a los valores que se ha autoliquidado.

23. Finalmente dice que, lo absurdo del análisis realizado al elemento probatorio atribuido provoca la existencia de una falta de sana crítica dentro del elemento que razonan los jueces, sobre dicha prueba, y provocan en definitiva una equivocada aplicación del artículo 188 del CT como derecho sustantivo, pues se tergiversa el valor del sueldo y se incrementa la indemnización de despido intempestivo.
24. Dice que la relación laboral terminó en abril de 2020, hecho aceptado por ambas partes, siendo la última remuneración percibida la correspondiente a marzo de 2020, pero el Tribunal decide considerar la de febrero de 2020 porque a criterio de ellos ^a generó comisiones.
25. **Por el caso cinco:** Sostiene que se ha producido falta de aplicación del artículo 188 inciso 5 del CT, que ha sido determinante en la decisión adoptada, por cuanto dicha norma es clara en establecer que la liquidación por despido intempestivo se calcula en base a la remuneración que estaba percibiendo el trabajador, siendo evidente que habla en tiempo pasado.
26. Así dentro del proceso se evidencia que la relación laboral finalizó en abril de 2020, entendiéndose que la última percibida es la del mes de marzo de 2020, tal como consta en el expediente; si los jueces de alzada consideran que debe considerarse la remuneración de febrero de 2020, les correspondía analizar y sustentar, ya sea porque no se laboró el mes completo y por ende no recibió el total de la remuneración y no simplemente porque considera que febrero tenía comisiones y marzo no.
27. Acusa que en virtud de lo expuesto, para el cálculo de las indemnizaciones debió considerarse la última del mes laborado, esto es, marzo de 2020 y no febrero como toma el tribunal, lo que ha configurado la falta de aplicación del artículo 188 del CT.
28. **Contestación del recurso de casación por la parte actora:** Por su parte, el accionante en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, alega que la sentencia recurrida ha sido dictada como lo determina la ley, por lo que solicita no casar, todo ello conforme se desprende del registro electrónico (CD) agregado al proceso.

IV. Problemas Jurídicos

29. **Por el caso uno:** Determinar si existe aplicación indebida del artículo 166 del

COGEP, en relación a la prueba nueva solicitada por el actor y que fuera producida en apelación, puesto que dicha norma considera no debió ser aplicada en atención a la etapa procesal, sino el artículo 258 del COGEP, lo que le ha dejado indefensión al no haberse respetado el procedimiento y la norma pertinente.

30. **Por el caso cuatro:** Establecer si se ha producido la falta de aplicación del artículo 164 íbidem, al momento de valorar la prueba documental constante en el proceso a fs. 26, consistente en correos electrónicos y anexos que anunció en el punto 5 de la prueba documental de su demanda, que refieren un plan de comisiones de crédito de febrero de 2020, mismos que obran a fs. 54 y 55 del expediente, de forma idéntica, con la única particularidad que estos últimos cuenta con la firma de la accionante, por lo que se puede partir del hecho, de que es un documento creado por la misma actora, sin firma de responsabilidad de su jefe directo y mucho menos con alguna confirmación o afirmación respecto a los valores que se ha autoliquidado, lo que aduce, ha ocasionado la equivocada aplicación del artículo 188 del CT, tergiversándose el valor del sueldo e incrementándose la indemnización por despido intempestivo.
31. **Por el caso cinco:** Dilucidar si se ha producido falta de aplicación del artículo 188 inciso 5 del CT, al haberse liquidado la indemnización por despido intempestivo con la remuneración del mes de febrero de 2020 y no con la de marzo del mismo año, sin considerar que la relación laboral concluyó en abril de 2020 y que la norma dice, que debe realizarse el cálculo con la última remuneración que hubiere estado percibiendo.

VI. Análisis del tribunal de casación

32. **Del recurso de casación:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; ^a [1/4] según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de [1/4] enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con

infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio [1/4]^o 1.

33. A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera, una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado.
34. La parte demandada sustenta sus acusaciones en el caso uno del artículo 268 del COGEP, que determina: *“ [1/4] 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 [1/4]^o .*
35. Este vicio doctrinariamente se conoce como *in procedendo*, llamado a producir la nulidad del proceso; radica en la vulneración del procedimiento *«por violación indirecta (la violación directa es en el proceso pero no en el fallo)²*, para lo cual, no bastará que el recurrente impute al fallo de haber incurrido en causal de nulidad, sino, que esta sea insanable, o haya provocado indefensión, adicionalmente, que hubiere influido en la decisión de la causa y que ella no haya sido convalidada dentro del proceso.
36. La parte demandada acusa en lo principal, que se le ha dejado en indefensión al haberse aplicado para la producción de la prueba nueva una norma ajena a la etapa procesal de apelación, lo que es atentatorio a la seguridad jurídica y al trámite propio; así como, que no se ha valorado la prueba en conjunto al no haberse considerado que el documento (correo electrónico-materializado), fue efectuado por la propia actora-trabajadora, lo que ha incidido en que se establezca una remuneración más alta en la que se incluyen supuestas comisiones para el cálculo del despido intempestivo y, finalmente que la remuneración en base a la cual se ha realizado la operación matemática de la indemnización por despido intempestivo, no es la que venía

1 Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005. Pág. 221.

2 Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005. Pág. 114.

percibiendo a la fecha del despido intempestivo.

37. Frente a las impugnaciones realizadas, este Tribunal de Casación, precisa lo que sigue:

El artículo 166 del COGEP, acusado como aplicado indebidamente, establece que, se podrá solicitar prueba que no fue anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de ésta, estableciendo como facultad del juzgador el aceptar la solicitud de acuerdo a su sana crítica.

38. Por su parte, el artículo 258 del COGEP, que considera el casacionista debió aplicarse; determina el procedimiento que ha de seguirse en lo que involucra al recurso de apelación, estableciendo que con la fundamentación del recurso de apelación, se deberá notificar a la contraparte, para que la conteste en el término de diez días; con excepción de materia de niñez y adolescencia, que tienen un término para contestar de cinco días. Estableciendo asimismo, que en ese término la contraparte podrá adherirse fundamentadamente al recurso de apelación. Fijando que el apelante hará valer sus derechos en audiencia. Del mismo modo abre esta norma la posibilidad que tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anuncien la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos; o que, versando sobre los mismos hechos, solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. Además determina que si la apelación o la adhesión presentadas, no son fundamentadas, deben ser rechazadas de plano, teniéndose por no deducidos los recursos.

39. Ahora bien, para resolver sobre la acusación de nulidad por indefensión, nos concentraremos en las actuaciones efectuadas en segunda instancia respecto de la prueba nueva y el procedimiento de producción realizado en esa etapa procesal, así tenemos que:

40. El Tribunal de Apelación, en el numeral 6.1, letra c), anuncio pruebas nuevas dice:

^a c) Anuncia pruebas nuevas, las que corresponden a: - 51 copias notariadas, el estado financiero de la empresa DISVASARI S.A., correspondiente al período 2019 que contiene el informe de los auditores independientes de la empresa Moore, determinando que la empresa DISVASARI S.A., en el período 2019, tuvo una utilidad neta de \$687.109,00; de acuerdo a su estado de resultados integrales. El estado financiero tiene la firma del Ing. José Miguel

Palacios, como gerente general de DISVASARI S.A. y del Ing. Francisco Pabón, como contador de la empresa. También se encuentra el impuesto de la renta corriente y diferido, en donde se determina que la empresa DISVASARI S.A., ha declarado ante el SRI una utilidad antes de participación laboral e impuestos en la cantidad de \$1.098.626,00 y menos; participación laboral de \$164.794. Es decir, este el valor que debió haber repartido como utilidades para los trabajadores. - 8 copias notariadas, debidamente materializadas, del balance o situación financiera que ha declarado la empresa DISVASARI S.A., en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, determinando una participación a trabajadores en el casillero 803 de \$125.461,98. - 5 copias notariadas, debidamente materializadas, de la consulta de formulario 107-RDEP, en el cual consta declarado en el SRI, por la empresa importadora DISVASARI S.A. a favor de la señora HERRERA MANTILLA MARIA ANGELICA: Participación Utilidades: \$3.434,40. Este anuncio de pruebas nuevas, es con la finalidad de que el Tribunal de Alzada ordene el pago de los valores correspondientes por utilidades, en el período 2019-2020. [¼]°.

41. Del extracto de esta cita se observa que, la parte actora sustentó prueba nueva para efecto del pago de utilidades del periodo 2019-2020. Esto ha sido corroborado con el escrito de apelación incorporado en primera instancia, en el que se verifica que existe una impugnación del fondo de la decisión adoptada en primera instancia sobre la remuneración que sirve de base para el cálculo de indemnizaciones y el anuncio de prueba nueva para efecto únicamente del pago de utilidades.
42. Vale precisar que, si bien los jueces cometen un error de derecho al citar el contenido del artículo 166 del COGEP, para referirse y resolver sobre la prueba nueva presentada por la parte actora en apelación, aquello en nada afecta en cuanto a la admisibilidad de este medio de prueba-documental, puesto que en el numeral 7.1 de la sentencia, motivan su decisión, en los siguientes términos: *“Las pruebas nuevas (fs. 144-203) está relacionada al período fiscal 2020, siendo entregada el día 14 de enero del 2021 (fs. 104), y, siendo que la demanda fue presentada el día 17 de noviembre del 2020 (fs. 70), resulta evidente que la prueba no podía ser presentada por un período fiscal que aún no había concluido”*, es decir, que efectivamente han advertido lo establecido en el artículo 258 del COGEP.
43. Visto lo anterior, en que el casacionista confunde qué realmente fue admitido como prueba nueva, siendo que además, se observa que los juzgadores de apelación, han

determinado con claridad las razones por las cuales admitieron los medios de prueba documental tendientes a demostrar la generación de utilidades del ejercicio fiscal 2019-2020, no se encuentra que la parte demandada haya quedado en indefensión, máxime si pese a haber sido notificado legalmente no compareció a la audiencia, de ahí que inclusive se declaró el abandono del recurso de apelación presentado por la parte demandada, en relación con los artículos 87, 87 y 249 del COGEP, en este sentido, se desecha el cargo acusado bajo el caso uno del artículo 268 ibídem.

44. La parte demandada también realiza acusaciones sustentadas en el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que determina:
45. **El caso cuatro del artículo 268 del COGEP**, se configura: *“ [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 [1/4]° .*
46. Para la procedencia de este caso, que en doctrina se lo conoce como de violación indirecta de la norma, es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma (s) de valoración de la prueba que a criterio de recurrente ha sido violentada; b) la forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si es por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; c) la indicación del medio de prueba en que se produjo la transgresión; d) la violación de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, e) una explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción (norma de precepto de valoración de la prueba) y la segunda infracción de una norma sustantiva o material.
47. Al invocarlo, el recurrente debe justificar la existencia de dos transgresiones, la primera de una norma contentiva de un precepto de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido trasgredida como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal manera que, es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra.
48. La compañía demandada al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP,

acusa que se ha producido la falta de aplicación del artículo 164 ibídem, al momento de valorar la prueba documental constante en el proceso a fs. 26, consistente en correos electrónicos y anexos que anunció en el punto 5 de la prueba documental de la demanda, que refieren un plan de comisiones de crédito de febrero de 2020, mismos que obran a fs. 54 y 55 del expediente, de forma idéntica, con la única particularidad que estos últimos cuenta con la firma de la accionante, por lo que se puede partir del hecho, de que es un documento creado por la misma actora, sin firma de responsabilidad de su jefe directo y mucho menos con alguna confirmación o afirmación respecto a los valores que se ha autoliquidado, lo que aduce, ha ocasionado la equivocada aplicación del artículo 188 del CT, tergiversándose el valor del sueldo e incrementándose la indemnización por despido intempestivo.

49. Para resolver el asunto en controversia, es importante remitirnos al contenido del artículo 164 del COGEP, que en su parte pertinente dice, que la prueba deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en la norma procesal, teniendo el juzgador la obligación de apreciar la prueba en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos; así como, debe expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le han servido para justificar su decisión.
50. En el presente caso, se observa de la sentencia de apelación, que en el numeral 7.2.1, los jueces valoran la prueba que fue admitida y producida en juicio, consistente en el documento de fs. 26, mismo que una vez examinado, en uso de la atribución que tienen para valorar los medios de prueba, señalan que éste cumple con las formalidades establecidas en la Ley, al haber sido materializado desde el sitio web y ante la notaría pública, abogada Leonor Cañarte, indican que al componerse la remuneración de la actora, de un sueldo más comisiones conforme así lo afirma en su libelo inicial y, demostrarse con dicho documento, que generó comisiones en el mes de febrero de 2020, señalan que debe tenerse esa remuneración como la última.
51. Ahora bien, la parte casacionista lo que afirma es que tal documento no debió ser valorado porque en correlación con otro documento se observa que es la misma actora la que ha generado la comisión a su favor, conforme se constata de la fs. 54 y 55 del

expediente; de lo dicho se observa que, si la teoría del caso del demandado era que al ser la misma actora quien firmaba el cálculo de dichas comisiones y que por esta razón el documento carecía de eficacia probatoria, su defensa debió estar orientada a demostrar, que tal comisión era inexistente o que la mencionada funcionaria no estaba encargada de la determinación y cálculo de las comisiones, más todavía, en el presente caso en que la actora tenía el cargo de *“Coordinadora de Crédito y Cobranza”*, en virtud de lo antes expuesto, no se observa la infracción del artículo 164 del COGEP, por consiguiente tampoco la equivocada aplicación del artículo 188 del CT, desechándose el cargo imputado al caso cuatro del artículo 268 del COGEP.

52. **Caso cinco:** La parte demandada sustenta sus acusaciones en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que determina: *“ [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 [1/4]”*.
53. Este caso contempla vicios *“in iudicando”*, esto es, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios cuya trasgresión ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia. Por este caso, los reproches probatorios son inadmisibles, pues se configura cuando no se han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados y admitidos dentro de la hipótesis normativa, ya porque se ha aplicado una norma jurídica que no pertenece, ya porque no se ha aplicado la que concierne o porque aplicando la que corresponde se la ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo.
54. Al efecto, este caso contempla tres tipos de transgresión, esto es: Aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla y que según Humberto Murcia Ballén: *“ [1/4] Emanada, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica [1/4].”*³

³ Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 322.

55. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: ^a [1/4] *Cuando el Juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido* [1/4]°⁴.
56. Falta de aplicación, que se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; de ahí que la misma Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a esta clase de transgresión expresó: ^a [1/4] *Cuando el juzgador deja de aplicar en el caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida* [1/4]°⁵.
57. Errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala es la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley y en este sentido la Sala de lo Civil y Mercantil referida señaló que se produce este vicio de juzgamiento: ^a [1/4] *Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene* [1/4]°⁶
58. Sobre este tema, la doctrina nos ilustra: ^a [1/4] *Muy distinta a las dos anteriores es la esencia de la violación por interpretación errónea de la ley. No se trata, en esta clase de quebranto, como ocurre en las dos atrás analizadas, de un yerro de <<diagnosis jurídica>>, o de uno de relación entre el hecho específico concreto y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de ésta* [1/4]°⁷.
59. Para resolver el problema jurídico que se contrae a: ^a *Dilucidar si se ha producido falta de aplicación del artículo 188 inciso 5 del CT, al haberse liquidado la indemnización por despido intempestivo con la remuneración del mes de febrero de*

4 Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005. Pág. 183.

5 Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 183.

6 Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 183.

7 Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Cuarta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966. Pág. 324.

2020 y no con la de marzo del mismo año, sin considerar que la relación laboral concluyó en abril de 2020 y que la norma dice, que debe realizarse el cálculo con la última remuneración que hubiere estado percibiendo^o, este Tribunal deja anotado, que proponer el recurso de casación por el caso cinco del artículo 268 del COGEP, supone conformidad con el examen efectuado a los medios de prueba producidos en juicio y los hechos establecidos en base de aquellos, así las cosas tenemos:

60. La relación laboral entre las partes inició el 14 de agosto de 2017 y terminó el 24 de abril de 2020, por despido intempestivo.
61. Que en el mes de febrero de 2020, a más del sueldo de USD. 1000,00, generó comisiones en la cantidad de USD. 290,62, por lo que su remuneración ascendió a USD. 1.290,62.
62. Que en el mes de marzo, percibió como remuneración la cantidad de USD. 1.034,59.
63. Que no se le pagó la remuneración proporcional del mes de abril de 2020, de ahí que en la sentencia de alzada se ha dispuesto su cancelación, en el monto de USD. 827.67.
64. Ahora bien, el artículo 188 inciso quinto del CT, que regula la indemnización por despido intempestivo, en la parte pertinente dice: ***“El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de 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 Código. [1/4]”*** (énfasis añadido).
65. Norma que estable que el cálculo del resarcimiento indemnizatorio por despido intempestivo, debe hacerse en base a la remuneración del trabajador/a. Para esto, es necesario remitirnos a lo que debe entenderse como remuneración, conforme el mandato legal del artículo 95 del CT, que dice: *“Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiére por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, **comisiones**, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter*

normal en la industria o servicio ; se entiende que, la remuneración comprende todo lo que el trabajador reciba como parte integrante de los rubros que la componen conforme la norma en cita.

66. En el presente caso, este Tribunal reconoce que las comisiones generadas por la actora en febrero de 2020, son parte de la remuneración. No obstante, esto no quiere decir que, por haberse generado aquellas pasen a formar parte del concepto última remuneración al que se refiere la norma, aquello definitivamente sería desconocer el mandato legal del artículo 188 inciso quinto del CT, lo que efectivamente como acusa la parte demandada ha desatendido el Tribunal de Apelación, al haber considerado la remuneración de febrero de 2020, cuando el vínculo laboral concluyó el 24 de abril de 2020, por despido intempestivo.
67. En este sentido, se acepta el cargo y se dispone que la indemnización por despido intempestivo, sea calculada en base a la remuneración del mes de marzo de 2020, que corresponde a la cantidad de USD. 1.034,59, así tenemos: USD. 1.034,59 x 3 =USD. 3.103,77 (art. 188 CT) y, USD. 1.034,59 se obtiene el 25 % USD. 258,65 x 2 = USD. 517,30. **TOTAL:** USD. 3.621,07.
68. Nótese que, en el presente caso, no nos encontramos frente a la nueva línea adoptada por la Sala Especializada de lo Laboral, en los procesos laborales N° 09359-2020-04477 y N°09359-2020-04113,17371-2020-00251; en cuanto a qué, si el monto de la remuneración proporcional percibida a la fecha del despido intempestivo es superior a la cancelada como remuneración íntegra del mes anterior al despido, en virtud de que habría generado rubros adicionales al sueldo habitual en atención a lo dicho en los artículos 95 y 188 del CT, siendo el espíritu de este último reparar al trabajador/a, ante el acto arbitrario e ilegal sufrido por parte de su empleador, quien al romper con la estabilidad del puesto de trabajo, está obligado por ley a reconocer un monto dinerario a favor del trabajador/a, a la luz del principio de favorabilidad, que es eje transversal en materia laboral, previsto en el artículo 326.3 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 7 del CT, por ser la mejor remuneración percibida por el trabajador la correspondiente al proporcional de los últimos días en que se perpetró el despido, se ha determinado que esos casos, el pago de la indemnización por despido intempestivo será con la remuneración proporcional percibida a la fecha del despido

intempestivo y no con la completa del mes anterior a este hecho unilateral. Interpretación que ha efectuado la Sala Especializada de lo Laboral, a la norma por ser la que más se ajusta a los presupuestos contemplados en los artículos 427 de la CRE y 6 del COFJ, favoreciendo la plena vigencia de los derechos.

VII. Decisión

69. Este Tribunal de la Sala Especializada 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**, resuelve:
70. Casar parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 15 de junio de 2022, a las 16h34 y, dispone que la parte demandada, pague por concepto de indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio la cantidad de **USD. 3.621,07**. En lo demás, se estará al fallo impugnado. De conformidad con lo establecido en el artículo 275 del COGEP, entréguese el 50 % de la caución rendida a la parte actora y devuélvase el otro 50% a la parte demandada. **Notifíquese.-**

Resumen de fácil comprensión

El tribunal de casación, acepta únicamente el recurso de casación por las alegaciones al amparo del caso cinco, estableciendo que en el presente caso, la remuneración con la que correspondía se liquide la indemnización por despido intempestivo es la percibida en el mes anterior a la fecha de ese hecho unilateral.

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI
JUEZA NACIONAL (PONENTE)

TAPIA RIVERA ENMA TERESITA
JUEZA NACIONAL

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA
JUEZA NACIONAL