

//tencia No.70

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, tres de abril del dos mil veinte

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA C/ BB - DEMANDA LABORAL - CASACIÓN" - I.U.E. 2- 54843/2018.**

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva No. 27, de fecha 29 de mayo de 2019, el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 12° Turno, falló:

"Acogiendo la excepción de prescripción de los créditos laborales exigibles antes del 9/3/2013. Acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada en cuanto a la devolución de aportes realizados al Seguro de Paro Interno. Y rechazando la demanda, sin especial condena" (fs. 336/348).

II) Por sentencia definitiva individualizada como DFA-0014-000608/2019, SEF-0014-000391/2019, de 21 de octubre de 2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno, se resolvió:

"Confírmase la sentencia recurrida salvo en cuanto desestima el reclamo por indemnización por despido común y en su lugar se

condena a la parte demandada a abonar al actor la suma de \$411.985 (cuatrocientos once mil novecientos ochenta y cinco pesos uruguayos), el referido rubro incluye reajuste e interés legal hasta la fecha de la demanda, suma a la que corresponde adicionar el 10% de multa y reajuste e interés legal desde la demanda hasta su efectivo pago, y en cuanto desestima el reclamo de horas extras y en su lugar condenar a la demandada a abonar al actor por el referido rubro la suma de \$611.026 (seiscientos once mil veintiséis pesos uruguayos) más el 20% por daños y perjuicios preceptivos, 10% de multa, reajustes e interés legal desde el egreso hasta su efectivo pago, sin especial condenación" (fs. 380/392 vta.).

III) Contra la antedicha sentencia, la parte demandada interpuso recurso de casación (fs. 396/405 vta.).

En tal sentido, sostuvo, en síntesis, lo siguiente.

a) Adujo que la sentencia le causa agravio por cuanto desestimó la excepción de notoria mala conducta e hizo lugar al pago de la indemnización por despido.

Señaló que la recurrida incurre en error de derecho en cuanto no aplica adecuadamente las normas contenidas en los arts. 7 y 29

de la Constitución Nacional.

Indicó que la comparación no es entre la libertad de expresión y el poder disciplinario del empleador, sino entre las manifestaciones del actor que configuran un abuso de libertad de expresión y la dignidad y honor de las personas. Las declaraciones del actor -además de agraviantes- atribuyeron conductas socialmente reprochables a jefes de la empresa y al Presidente del Directorio.

Expresó que la impugnada sostiene que las publicaciones realizadas por el actor en Facebook el 18 de Octubre de 2017 y el video posterior a la sanción aplicada, toman estado público con alcance relativo. Sin embargo, la sentencia no ha considerado adecuadamente que el estado público relativo de la publicación implicó precisamente que el actor difundiera insultos hacia la empresa, hacia el Presidente del Directorio de BB y hacia usuarios, entre el personal de la empresa y entre los propietarios de ómnibus.

Manifestó que la sentencia viola el art. 1291 del Código Civil, porque desconoce la existencia de la obligación emergente del contrato de trabajo de respeto y consideración hacia el empleador.

Es evidente que el derecho

a la libertad de expresión del pensamiento no exonera al trabajador de la obligación de respeto y consideración que le debe al empleador. El hecho constituido por una serie de insultos soeces y falsas imputaciones, que dirigió hacia los directivos de la empresa y el Presidente del Directorio de BB, es extremadamente grave, si se tiene en cuenta el medio cultural en que se profirieron.

Insistió en que no solo atacó y agravió a la empresa y a sus integrantes, sino que también le dedicó agravios a clientes del servicio de transporte, manifestando que la gente era sucia. La mala fe del actor es evidente, puesto que no resulta aceptable sostener que insultar a directivos de la empresa y al Presidente de la Compañía es una conducta legítima que no provoca perjuicios.

Alegó que la recurrida incurrió en error al descartar la denuncia presentada por la Sra. CC el 29 de diciembre de 2017, y al considerar que por tratarse de una empleada de BB su declaración carece de eficacia convictiva. El 27 de diciembre de 2017, la Sra. CC era una de las pasajera de la Línea 1121 de la línea Inter, recorrido D8, conducido por el actor. Lo que ocurrió durante el lapso en que la pasajera viajaba en el ómnibus le pareció tan agravante que resolvió formular denuncia a BB. Las expresiones del

actor en el ómnibus denunciadas por la Sra. CC fueron de similar tenor a las que utilizó en el video de Facebook luego de ser sancionado con 4 días de suspensión.

Manifestó que la sentencia de primera instancia no debió modificarse. A diferencia de lo considerado por el Tribunal de Apelaciones, la "aquo" realizó un examen exhaustivo de la prueba y una adecuada calificación jurídica de la conducta del accionante y concluyó que existió notoria mala conducta.

b) También impugnó el sector del fallo que ordenó abonar horas extras por la suma de \$611.026, más el 20% por daños y perjuicios preceptivos, 10% de multa, reajuste e interés legal desde el egreso hasta su efectivo pago, sobre la base de una errónea apreciación de la prueba.

Recordó que la recurrida señaló que *"...el propietario y el obrero que acordaban que éste trabajara para aquél realizaban una maniobra que podía engañar a la demandada, puesto que el obrero se registraba con el número del propietario..."*, convirtiendo así a la ilicitud en fuente de derechos para quien realizó la maniobra para engañar a BB y tratar de obtener un provecho injusto en perjuicio de la Compañía.

Vale decir, violando la prohibición que existe en BB, de que el personal obrero

realice horas extras, el actor y los propietarios realizaban una maniobra para engañar a la Empresa, consistente en que el trabajador digitara el número de interno del propietario y utilizara el "pin" del propietario.

En tal sentido, arguyó que la sentencia de segunda instancia infringió el art. 1580 del Código Civil, que impide que se pueda oponer la simulación a los terceros de buena fe.

IV) Conferido el traslado de precepto, compareció el Sr. AA abogando por el rechazo de los agravios (fs. 411/414 vta.).

V) Elevados los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 419), fueron recibidos el día 2 de diciembre de 2019 (fs. 420).

VI) Por auto No. 2444, de 5 de diciembre de 2019, se dispuso el pasaje a estudio de la presente causa (fs. 421 vta.); culminado el estudio, se acordó el dictado de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros naturales, hará lugar al recurso de casación interpuesto en autos, por los fundamentos jurídicos que se expresarán, pues los agravios articulados por la demandada como sustento de la casación resultan eficientes para resolver en sentido

contrario a lo decidido en segunda instancia.

II) El caso de autos.

El Sr. AA entabló demanda laboral contra BB, por la que reclamó salarios impagos, licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo, indemnización por despido común y abusivo, daños y perjuicios, daño moral, daño emergente y lucro cesante. Reclamó la suma de \$20.215.8247.

Explicó que ingresó a trabajar para la demandada como conductor-cobrador el 30 de diciembre de 2009, tarea que desempeñó hasta el 18 de enero de 2018, fecha en la que fue despedido por "notoria mala conducta".

Describió los hechos que el empleador calificó como "notoria mala conducta" y aseguró que sus publicaciones en Facebook están amparadas por su derecho constitucional de expresarse libremente. Aseguró que el despido fue abusivo pues su conducta laboral siempre fue intachable. Nunca antes había sido sancionado y cuando la empresa le solicitó que removiera la publicación de la red social, lo hizo de inmediato. La única motivación de su despido fue que hizo uso de su libertad de expresión.

Por su parte, en lo que acá interesa, la demandada señaló que el actor, con conciencia y voluntad, en un breve lapso, se dedicó a

agraviar a los usuarios de BB, a la propia Empresa, a sus integrantes y jerarcas, violando de manera reiterada y grave las reglas de conducta que regulan la relación de trabajo. Alegó que existió justa causa para despedir. Concluyó que, configurada la notoria mala conducta, el trabajador perdió el derecho a cobrar el aguinaldo y la indemnización por despido. En cuanto al rubro horas extras, negó que el actor hubiera trabajado excediendo el jornal diario. Indicó que el accionante, junto con algunos propietarios de ómnibus, habrían creado una situación falsa para violar la prohibición vigente en BB de que el personal obrero realice horas extras, engañando a la Empresa para obtener un provecho injusto.

En el marco descrito, recayó la sentencia de primera instancia, que se avino a los argumentos de la demandada y, en su mérito, repelió la demanda en su totalidad.

Por su parte, difiriendo con lo resuelto en primer grado, el Tribunal de Apelaciones entendió no acreditada la causal de "notoria mala conducta" en que basó la defensa la enjuiciada para controvertir la procedencia del reclamo de indemnización por despido y aguinaldo de egreso. Al mismo tiempo, estimó de parcial recibo el reclamo por horas extras.

Tal decisión motivó la recurrencia en estudio, cuya razón será objeto del

análisis siguiente.

III) De los agravios contenidos en la impugnación.

En concreto, el embate crítico impetrado por la reclamada, se ciñe a los siguientes extremos:

1) agravios referentes a la errónea aplicación de las normas que regulan el despido por notoria conducta;

2) agravios vinculados a la infracción de las normas que regulan la procedencia del pago de las horas extras.

En tal orden serán considerados.

III.1) De los agravios referentes a la errónea aplicación de las normas que regulan el despido por notoria conducta.

III.1.1) Entre los órganos de mérito intervinientes en ambas instancias, existe mayormente coincidencia respecto de los hechos probados en la causa.

El Tribunal de Apelaciones entendió, al igual que la "a-quo", verificados ciertos hechos imputables al trabajador, respecto de los cuales, no obstante, cada uno de dichos órganos se diferenció en la gravedad que tales hechos ostentaban, al punto de ser

o no eximente del pago de indemnización al egreso (art. 10 de la Ley No. 12.597).

Ello, indudablemente, es "quaestio iuris" y atañe a la calificación jurídica, es decir, a la subsunción de los hechos historiadados y tenidos por acreditados por los órganos de mérito.

Es cuestión de hecho la conclusión del decisor de mérito que establece, como hecho probado, la producción o existencia de una cierta situación o acontecimiento a cuyo respecto se predica, por parte de BB, que tipifica la existencia de una hipótesis de despido por "notoria mala conducta".

Pero la tipificación o calificación de tal situación o acontecimiento como configurante del mentado despido es, en cambio, "quaestio iuris", en tanto no es sino un juicio de valoración jurídica que conduce a subsumir un hecho en una específica categoría jurídica (existencia de despido por "notoria mala conducta"), a la que el sistema positivo adscribe determinados efectos jurídicos (cf. sentencias de la Corte Nos. 1.988/2017, 190/2016, 246/2015, 823/1995, 73/1995 y 69/1994).

III.1.2) Pues bien, la Corte considera que la parte demandada acierta plenamente en su crítica a la sentencia recurrida.

En verdad, la irregula-

ridad de la que se da cuenta en autos se trata de un típico ejemplo de cátedra, común en doctrina y jurisprudencia, en la que que el trabajador no ajustó su conducta a los más mínimos estándares de respeto, lealtad y buena fe para con los usuarios del transporte público y su empleador (BB).

Una recalificación jurídica de la plataforma fáctica tenida por acreditada, permite concluir -sin hesitación alguna- que efectivamente existió "notoria mala conducta" del trabajador, y ello habilita la anulación del fallo de segunda instancia.

Una recopilación de la secuencia de tales hechos, pone en evidencia la incorrección de la sentencia impugnada.

A saber:

a) El 18 de octubre de 2017, el portal montevideo.gub.uy publica una noticia titulada "*Presentamos medidas para mejorar limpieza y ruidos en ómnibus*". En ella se asegura que el entonces intendente de Montevideo Ing. Daniel MARTÍNEZ, "*firmó dos resoluciones que regularán ambos aspectos, vinculadas a la calidad y comodidad del transporte capitalino*". Se afirma que uno de los atributos del sistema peor valorados es la limpieza, por lo que "*se creará un estándar de calidad de higiene con parámetros*

medibles (...) se establecerán categorías de infracciones y niveles de exigencias para mediar las condiciones de limpieza. Se otorgará un plazo de adecuación de las unidades, luego de realizada una inspección (...) Se pautará una escala de multas" (copia simple de impresión a fs. 1 y 2).

b) Ese mismo día, y como reacción a la referida publicación, el actor realizó dos declaraciones a través de su cuenta de Facebook (fs. 119 y 120), en las que, en tono iracundo y con palabras soeces, se refiere a los pasajeros del ómnibus que conduce y al entonces Intendente de Montevideo. La primera de dichas manifestaciones va acompañada de dos fotografías del ómnibus, que ilustran acerca de su deplorable estado higiénico.

Se transcribirán literalmente los referidos textos: "*Daniel Martínez, intendente, sabelo todo, a partir de ahora voy a sacar fotos del estado lamentable en que dejan el coche todos los días los pasajeros sucios que hay en este país (quien se dé por aludido que se haga cargo) no me pagan para limpiar la mugre, suciedad que dejan los lamentables pasajeros que llevamos todos los días, la única manera que se mantenga limpio permanentemente, es cada sucio que sube, colabore limpiándose los pies y no tirar toda esta basura, por qué no venís un día a*

manejar un bus y ves lo insalubre que es este trabajo".

Veinte minutos después expresó: "Y agregó, ya borré fotos de una cagada, una torta de mierda que me dejaron en el bus y los mil chivos, bomitos [sic], arrojadas, escupitajos verdes, etc, intendenteeeeeeee, por que no venís a laburar un día, la baja de la venta no es por el servicio, es por toda la política que hacen con el boleto para ganarse un voto, el platal que levanto, quien se la lleva???? Te puedo asegurar, intendente, que coches más limpios que los de BB en tu vida jamás vas a encontrar, gracias al sacrificio nuestro que nadie valora, me lleva casi una hora limpiar el puto bus para que la gente me lo cague".

c) A raíz de tales publicaciones se inicia un procedimiento disciplinario.

En su transcurso, el 25 de octubre de 2017, el actor declaró ante el Departamento de Recursos Humanos que "lo único que está de más y que no correspondía es cuando menciono la venta de boletos preguntándome quién se la lleva, por lo cual pido disculpas. Ni mi vocabulario ni mi concepto con respecto al resto de la publicación va a cambiar ya que estoy en una democracia en la que existe libre expresión y libre pensamiento" (fs. 121).

d) Como resultado del

procedimiento, se le aplicó una suspensión de cuatro días a cumplirse desde el 2 al 5 de diciembre de 2017 (fs. 123). Simultáneamente, se le hizo suscribir una "Observación escrita" en los siguientes términos: *"...me notifico que en mi condición de dependiente de BB, debo cumplir en forma íntegra las reglamentaciones que respecto a la prestación del servicio de transporte de pasajeros dicte la Intendencia de Montevideo y que si existieran comentarios a la normativa que la misma disponga, estos deben canalizarse por las vías institucionales correspondientes y no por las redes sociales. Admitiendo que mi comportamiento y vocabulario expresado al respecto no se ajusta a los estándares pretendidos por mi empleadora, soy severamente observado por mi conducta y notificado que para el caso de reiterarse situaciones similares, seré objeto de las más severas sanciones que habilita el Reglamento Disciplinario"* (fs. 122).

e) Como reacción contractual sanción, el actor graba el video que se agregó en el "pendrive" de fs. 95 -y que más adelante se transcribirá parcialmente-, que lo difundió en su página personal de Facebook y en el del grupo "BB Interdiferencial".

f) Ya reintegrado a sus tareas, el 27 de diciembre de 2017, se habría desarrollado la conversación que denunció ante BB otra

empleada, CC, y sobre la que depuso como testigo en esta causa (fs. 294 vta./295 vta.).

Hastá acá los hechos más relevantes.

Tal como lo admite el actor, el video "fue el detonante de la sanción adoptada por la empresa de despido por notoria mala conducta" (fs. 332 vto.), y lo que, en definitiva, dividió a los órganos de mérito respecto a su gravedad en el ámbito de la relación laboral que vinculaba a las partes en litigio.

La Sala transcribió algunos de los dichos que el actor profirió a lo largo de la casi media hora que dura el video y concluyó que tales manifestaciones están amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión, que no son en sí mismas lesivos y que el medio por el cual se difundieron es de escaso alcance.

En lo específico, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo, sostuvo:

"...cabe considerar que la denuncia se realizó en una red social lo que implica que la publicidad de los mismos fue relativa, puesto que si bien es masiva, solo tienen acceso a ella los usuarios de la misma, y tratándose de publicaciones de un particular no tienen la relevancia informativa de un

medio de comunicación público y masivo; (...) a criterio de la Sala no surge de los términos del video expresiones que puedan perjudicar la imagen o reputación de la empresa o sus directores, puesto que el actor por un lado cuestiona el procedimiento administrativo que concluyó con la suspensión por 4 días, cuya devolución y pago de daños colaterales, que no identifica, reclama, lo cual no tiene potencialidad para dañar la imagen y reputación de la empresa; el hecho de que haya mencionado la vinculación del Presidente del Directorio de la demandada con el gobierno y vínculo entre los mismos, tampoco tiene relevancia en la imagen y reputación de la empresa; (...) y el hecho de que haya manifestado (...) que tiene mucho para decir, sin identificar hecho alguno, y que va a subir otros videos, sin identificar posible contenido de los mismos, tampoco puede incidir en la imagen de la empresa. No bastan referencias vagas para dañar la imagen o reputación de la empresa, sino que las expresiones y los mecanismos de publicidad de los mismos deben tener potencialidad para dañar la imagen y reputación de la empresa, lo que en el caso no ocurrió...".

La Corte no comparte el encuadre jurídico practicado por la Sala.

A diferencia de lo que

sostiene el "ad-quem", en realidad no se está ante un conflicto de derechos que se solucione a través de la ponderación. Para que dicho método resulte efectivo es menester que los derechos en juego sean lícitos o regularmente ejercidos.

En el caso, solo en apariencia puede hablarse de un conflicto entre la libertad de expresión de pensamiento y la protección del honor.

A poco que se analicen las expresiones vertidas por el actor, se advierte con singular anchura, la transgresión flagrante y grave a normas de convivencia básicas, que no son toleradas por el derecho, ni debieron serlo por los aplicadores judiciales.

Como señala José Luis UGARTE: *"Una tesis que comienza a gozar hoy de especial popularidad en nuestra dogmática laboral latinoamericana es entender que existen genuinas colisiones de derechos fundamentales -como la que precisamente se produce en diversos casos entre derechos fundamentales del trabajador y la propiedad empresarial- y que, además, existiría un modo razonable de solución de esas colisiones. Exige eso sí, un modo de aplicar el derecho distinto al común -la subsunción- que la teoría constitucional denomina 'ponderación'. La*

razón de ello es que no se trata de aplicar reglas, sino principios entendidos como 'mandatos de optimización' que ordenan hacer algo, a diferencia de las reglas, no de modo definitivo y determinado, sino en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Y si los derechos fundamentales son principios, entonces, se trata de derechos restringibles que tienen un contenido inicial -o prima facie- que puede verse transitoriamente restringido si ese derecho colisiona con otro derecho fundamental. La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que 'un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable' (J. Moreso). Esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales, sin embargo, no es permanente sino móvil: 'el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto solo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros (R. Guastini)...' (cf.:

"Derechos fundamentales y trabajo", en Derecho del Trabajo, obra colectiva, tomo I, Montevideo, FCU, 2015, p. 105, 106).

La libertad de expresión -que la recurrida hace primar- no es un derecho absoluto (art. 7 de la Constitución Nacional), y aunque en algunos casos no resulte sencillo delimitarla, el abuso es siempre una frontera infranqueable (art. 29 "eiusdem").

Sobre tal base se construye el sistema de límites y responsabilidades.

En este ámbito, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969), en su art. 13, reconoce tal limitación, al referir que *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás..."*.

En el caso del periodista Herrera ULLOA, referente a la libertad de expresión en los medios de prensa, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada

el 2 de julio de 2004, el Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ expresó en su voto: *"La proclamación de los derechos básicos como estatuto radical del ser humano -proclamación que marca el advenimiento del hombre moderno: ya no vasallo, sino ciudadano, titular de derechos en su simple condición de ser humano- se hizo conjuntamente con otra manifestación enfática recogida en los mismos documentos: la frontera que aquellos encuentran en los derechos de los otros hombres. Bien que se tenga y ejerza un derecho, a condición de que esa titularidad y ese ejercicio no despojen a los conciudadanos de la titularidad y el ejercicio de sus propios derechos. Este lindero, anunciado por las declaraciones clásicas y retenido por los instrumentos modernos, se expresa en diversos conceptos: sea el derecho subjetivo ajeno, sea la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático (...) se acepta la posibilidad y la necesidad de echar mano de ciertas reacciones que permitan mantener a cada quien en el ámbito de sus libertades y derechos, y sancionar, en consecuencia, los desbordamientos que impliquen atropello de las libertades y los derechos ajenos. Sobre este fundamento se construye el sistema de responsabilidades (...) En la prudente selección de las opciones legítimas se halla el equilibrio que disuade*

tanto la anarquía como el autoritarismo..." (cf.: www.corteidh.or.cr/jurisprudencia).

Si nos detenemos -aun raudamente- en las declaraciones que el trabajador profirió contra su empleador, se advierte que no se está ante un supuesto de ponderación de derechos, sino lisa y llanamente a un ejercicio abusivo del derecho a la libre expresión.

Los dichos del actor contienen amenazas, admoniciones, insultos y hasta atribuciones de delitos, todo lo cual, por otra parte, importa una infracción grave al deber de lealtad, de tal entidad que determinó la justificable pérdida de confianza que la empleadora había depositado en su trabajador.

Comienza su alocución afirmando, con tono de desprecio: "*...con mucha ilusión entré a trabajar en esta empresa, pensando que entraba a trabajar en una gran empresa (...) hoy, con tristeza, tengo que decir que estoy trabajando en una empresita grande...*".

A continuación refiere a sus publicaciones escritas en Facebook y a la sanción que le fue aplicada por ellas y asegura: "*...bajo amenazas accedí a retirar la publicación de Facebook con la promesa de quien me amenazaba que esto iba a*

quedar así, que no iba a pasar nada".

Más adelante vuelve a referir a tales amenazas y asegura que tiene pruebas de su existencia, pero en el video nunca las describe ni las exhibe. Con ello genera la imagen de una empresa que se valdría de una persona o grupo de personas, que en forma clandestina, despliegan frente a los empleados conductas delictivas. Imagen que se ve reforzada cuando, a continuación, para enfatizar la gravedad de las mentadas amenazas asegura: *"yo vivo en un país libre y democrático (...) no vivo en una dictadura..."*.

A diferencia de lo que señala la Sala, el actor sí es consciente de la aptitud lesiva que pueden alcanzar las expresiones a través de las redes sociales. Con cierto orgullo asegura que lo sorprendió la difusión que tuvieron las referidas publicaciones escritas: *"...al poco tiempo de yo haber bajado la publicación (...) una publicación que en ese momento ya tenía doscientos cincuenta y tres 'me gusta' y había sido más de cuarenta veces, para mí, pfff, que hubiera sido compartida más de cuarenta veces y haberle puesto 'me gusta' más de doscientos cincuenta y tres es un disparate..."* (minuto 05:55).

Más adelante, en tono amenazador, dice: [a partir del minuto 24:07] *"Pongan las barbas en remojo. Esto no va a quedar así. No va a*

quedar así para mí y no va a quedar así para ustedes (...) están recorriendo el camino equivocado porque hoy día con las redes sociales nosotros, los de a pie, los trabajadores, los trabajadores que estamos manteniendo este país (...) [a partir del minuto 25:15] Ahora están las redes sociales que descubren todo. Ustedes están mirados permanentemente y es esa la gran molestia de todos ustedes. Esa es la gran molestia que tienen los políticos. Todos cortados con la misma tijera, del primero al último. No me desafíen (...) [minuto 26:23] Tengo mucho para decir de ustedes, muchísimo (...). Este no va a ser el último video. Este es el primero. Así que pongan las barbas en remojo. No me jodan el bolsillo, no me roben. Devuélvanme los cuatro días que me suspendieron, devuelvan la plata de esos cuatro días y devuélvanme los daños colaterales que eso causó. Porque tengo más daño ¿eh? Tengo otro daño más pa presentar. Este es el primer video. (...) Ahora voy a empezar a publicar. Voy a empezar a hablar de política, voy a empezar a hablar de todas las cagadas que hay en la vuelta...".

Para la Corte, tampoco es irrelevante que el actor se haya tomado dos semanas de reflexión antes de grabar el video. El Sr. FERREIRA comienza su alocución diciendo: "Buenas noches. La verdad es que hace bastante tiempo vengo masticando

cómo hacer este video". Y lo termina: "Buenas noches. Son la una y cuarto de la mañana y hace cerca de quince días que vengo pensando cómo hacer este video y lo voy a publicar en Facebook y en todos los lugares que sea necesario...".

Las expresiones que vienen de transcribirse, hubieran constituido una reacción, que aunque desproporcionada y desmedida -quizás- podría ser entendible si las hubiera proferido inmediatamente después de la aplicación de la sanción. Sin embargo, se tomó el trabajo de realizar el video y de difundirlo, lo que demuestra, contra la opinión de la Sala, la animadversión hacia el empleador que inspiró tales dichos.

Hay más. A partir del minuto 10:21 se refiere al sueldo que recibe por sus tareas: *"...Un sueldito, ¿eh? Para que tengan una idea, dos mil setenta y un pesos por día, haciendo veinticuatro jornales, algo así como, pesos más, pesos menos, cincuenta mil pesos por mes. Una bicoca..."*.

Capítulo aparte son las declaraciones referidas al gobierno, entre las que es posible distinguir dos tipos. Por un lado, realiza toda una serie de comentarios relativos a Daniel MARTÍNEZ, a Fernando CALLOIA, a José MUJICA, a Raúl SENDIC, a ANCAP, a las pasteras, a la contaminación, sobre los que nada

cabe señalar.

Esas declaraciones sí están amparadas por la libertad de expresión, que incluye la libre crítica de las decisiones de quienes, para entonces, dirigían los destinos del país.

En cambio, por otro lado, hay otras manifestaciones que sí son reprobables. En varias ocasiones sugiere que la empleadora y los gobernantes que critica mantienen negociaciones ilegítimas y da a entender que cometen actos de corrupción que deben mantenerse en secreto: *"...la empresa le lame el trasero al intendente y a todo este gobierno (...) y ellos utilizan mi trabajo, utilizan el pan de mi familia para coaccionarme a que no hable del tema, en una palabra, para que no avive giles (...) Que este video me va a traer consecuencias, no me cabe duda. Pero yo no les tengo miedo (...) [minuto 23:28] ¿Qué va a pasar después de esto? No lo sé. Una cosa es seguro: ustedes no me van a tapar la boca. Juegan con la necesidad de la gente. Se piensan que son dueños del mundo y, como están con el gobierno, pueden hacer cualquier cosa. Y a mí ustedes no me pagan un sueldo pa que yo le vaya a lavar las patas a cualquier político. No me pagan para eso. (...) Si ustedes tienen negociaciones con el gobierno, es un problema de ustedes (...)"*. Y luego, advierte en lo que cualquiera

nota que es una amenaza: "Tengo mucho para decir de ustedes, muchísimo. (...) De lo que sí tengo pruebas voy a hablar. Este no va a ser el último video. Este es el primero (...) Ahora voy a empezar a publicar. Voy a empezar a hablar de política, voy a empezar a hablar de todas las cagadas que hay en la vuelta porque me cansaron. El gobierno que ustedes apañan, que ustedes asesoran, es el gobierno que a mí me roba de mi trabajo todos los días (...) Ustedes hagan lo que quieran porque siempre han hecho lo que han querido. (...) ustedes me exigen a mí y me coaccionaron a firmar un papel para que no hable de la persona de los políticos que ustedes apañan ¿O no apañan ustedes a los políticos? Porque los están asesorando, ¿no? A no ser que yo viva en otro Uruguay, ¿no? La empresa tiene, algún integrante de la empresa es asesor del Presidente, ¿no?...".

En suma: el trabajador le atribuyó a la empleadora conductas reñidas con el buen proceder y la buena fe (como amenazar a sus empleados), pagar bajos sueldos, apañar a gobernantes, ser obsecuente con un gobierno con el que realiza negociaciones espurias que advierte, en tono extorsivo, que está dispuesto a revelar si no se le reintegra el pago de los días en que estuvo suspendido. El relato de imputaciones contra la empresa, sin especificar los

comportamientos que se reprochan, sino tan solo vertiendo calificaciones ofensivas y zaheridoras, constituyen una transgresión grave del principio de la buena fe en que debe desarrollarse el vínculo laboral (cf.: Américo PLA RODRÍGUEZ, en "Curso de Derecho Laboral", Ed. Idea, Mdeo., año 1990, págs. 69 y ss.).

Tales asignaciones son lesivas del buen nombre de la empresa y, además, van acompañadas de la amenaza de que el daño sea mayor, esto es, de seguir haciendo videos con los cuales exponer al empleador a un mayor desprestigio y descrédito social.

Dicha actitud, aunque no se concrete en un daño cierto (como reclama la sentencia de la Sala), constituye un grave incumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo y los principios que deben informar la relación de trabajo, tales como el respeto recíproco y el trato honesto y leal entre las partes.

En una democracia plena, como la nuestra, la libertad de expresión garantiza la posibilidad de manifestar opiniones en sentido amplio, es decir, ideas, convicciones, juicios de valor sobre personas, objetos y acontecimientos, que tengan connotación política partidaria o no, que refieran a asuntos públicos o privados, que resulten racionales o irracionales. Ni siquiera la "verdad" de los dichos es

un requisito para el reconocimiento del derecho, pues si así sucediera la única garantía jurídica sería el silencio.

Sin embargo, tal derecho no garantiza la posibilidad de, maliciosa y deliberadamente, amenazar con la causación de daños futuros.

El contrato de trabajo crea no solo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también personal, en una relación estable y continuada en la cual se exige la confianza recíproca. Aparece como modelo regulador de la conducta de ambas partes.

Se aprecia, además, un incumplimiento igualmente grave a los deberes de convivencia.

La irrupción de los medios masivos de comunicación (de las redes sociales, etc.), al alcance de todos, con el consecuente impacto mediático y potencialidad lesiva que su mal uso trae aparejado, pide -hoy más que antes-, una mirada especialmente rigurosa en torno a exigir un mutuo respeto que han de mantener las personas que conviven por razón de la relación laboral y en defensa de la disciplina indispensable para la organización y desenvolvimiento del trabajo en la empresa.

En palabras del Dr. Ricardo SANTANA: *"Estas conductas ofensivas constituyen una transgresión grave de la indispensable armonía en que deben desenvolverse las relaciones personales entre los integrantes de la empresa, por la obligada comunidad que el trabajo crea entre quienes participan en la producción.*

Se advierte un incremento de los contenidos del poder disciplinario, tutelando los derechos fundamentales de quienes interactúan en la empresa. Dichas conductas afectan la empresa al menos en un doble orden de razones: en el marco de la organización donde se crean las situaciones de peligro de aquellos derechos que se trata de defender a través de este poder empresa y es por tanto funcional esta defensa por la supresión de conductas que desconocen elementales reglas de relación interpersonal".

"En la mayoría de estos supuestos, se está alternado el orden y con ello el buen funcionamiento de la empresa. Se podría decir que se está transgrediendo la buena fe contractual en una proyección comunitaria.

La empresa como comunidad humana supone la existencia de personas en relación. De aquí la significación y trascendencia que debe tener el clima de convivencia que entre todo factor humano

integrado ha de reinar, primando la tolerancia y las elementales reglas que debe inspirar el actuar humano, en orden a la propia estimación y al respeto ajeno. Por ello, el incumplimiento de deberse básicos del trabajador, junto a su significación de quebranto contractual ha de considerarse también como atentado a la empresa, con resultados negativos en el resto de los compañeros y en la propia significación que ella tiene como ente diferenciado de sus elementales componentes e incluso podría añadirse en el ámbito de la sociedad, a cuyas necesidades de bienes y servicios atiende" (cf.: "El poder disciplinario del empleador en la empresa privada", Ed. FCU, año 2001, pág. 83, 85/86).

Pues bien, del conjunto de hechos relevados, emerge la incorrección del fallo dictado en segunda instancia, al no tener por verificada la excepción alegada por la empleador al despedir.

Existe plena evidencia de una conducta descalificante, de especial gravedad, imputable enteramente al Sr. AA, que provocó una innegable crisis o pérdida de confianza, siendo éste un elemento imprescindible para la normal continuidad de la relación de trabajo (cf. sentencias de la Corte Nos. 337/2016 y 775/2008).

Tal comportamiento provocó la crisis del contrato de trabajo por la pérdida

irremediable de la confianza depositada en el trabajador, tornando admisible la sanción más grave, esto es, el despido sin derecho a indemnización. La conducta del trabajador, ora se la valore con una mirada cuantitativa, ora se lo haga con un enfoque cualitativo, en cualquier caso, se emplaza con comodidad en la excepción de "notoria mala conducta" que la Sala negó (cf.: Ricardo SANTANA, ob. cit., págs. 125 y ss.; y Héctor Hugo BARBAGELATA, en "Derecho del trabajo", Ed. FCU, año 1999, págs. 246 y ss.).

Lo dicho resulta suficiente a fin de justificar el fallo en casación, lo que torna innecesario analizar, además, la valoración probatoria ejercitada por la Sala respecto de la declaración vertida por la testigo CC.

En suma, vistas las cosas así, corresponde en el presente grado practicar una recalificación jurídica de los hechos tenidos por acreditados y, a partir de este nuevo encuadre, concluir que la solución impugnada no guarda relación alguna con la verdad material, que informa que el despido por "notoria mala conducta" del trabajador fue correctamente dispuesto por el empleador y certeramente decidido por la Sra. Juez "a-quo", cuyo fallo -previa declaración de nulidad de lo resuelto en segunda instancia- la Corte habrá de mantener firme.

III.2) De los agravios
vinculados a la infracción de las normas que regulan la
procedencia del pago de las horas extras.

III.2.1) A juicio de este Colegiado, este sector de los agravios también resulta de pleno recibo.

No se discute que desde el año 1999, la realización de horas extras estaba expresa y especialmente prohibida a los obreros dependientes de BB.

Tampoco es objeto de debate -por haber sido admitida en la demanda- la maniobra a la que se prestó el actor, consistente en generar horas extras a nombre de un propietario de ómnibus (horas que este último pagó como simples) y que ahora el actor pretende que BB se las abone como extras ("dobles").

En concreto, en la demanda el Sr. AA reconoció lo siguiente: *"Durante el tiempo que trabajé en la empresa demandada realicé jornadas para los 'patrones', que son dueños de parte de ómnibus quienes me pagaban esos días por afuera, pero esos días los pagaba simples". "Debido al sistema implementado por todas las empresas de transporte colectivo de pasajeros, la forma en que se puede realizar dichos jornales es con el usuario y la contraseña del patrón.*

Mi número de funcionario era 24051/5, el cual consta en al parte inferior derecha del boleto luego de la palabra 'funcionario'". "En muchos de los boletos verán que el número de funcionario es diferente y era del patrón, para el cual realizaba los turnos extras" (fs. 60).

La maniobra espuria es clara y reprochable; incluso, de haberla anteriormente conocido, bien pudo BB considerarla como una conducta suficientemente grave como para, en su momento, imponer una sanción adicional al trabajador infiel.

A pesar de la prohibición antedicha -muy seguramente inspirada en la idea de limitar la jornada de trabajo de chofer de ómnibus, a fin de garantizar la seguridad en el transporte, mediante el resguardo de la higiene moral y física del trabajador- y del reconocimiento expreso del artificio que realizaba el actor, la Sala, contra cualquier pronóstico, hizo lugar al reclamo, por entender que BB debía haber fiscalizado más eficientemente (fs. 390).

El argumento de la sentencia no resiste ningún análisis.

La conducta ilícita del actor -que la Sala no calificó adecuadamente-, no puede ser fuente del pretendido derecho a cobrar horas extras, máxime cuando el trabajador, con ciencia y conciencia,

transgredió una norma interna prohibitiva de larga data.

La Sala omite considerar que la buena fe en el derecho del trabajo es de doble vía: no puede el decisor considerar una de ellas (y ser severamente exigente), sin considerar también la otra, o articular justificaciones que, en último grado de análisis, terminan por avalar conductas que el derecho busca desalentar.

Se cuenta con un punto de partida pacíficamente aceptado, que vincula la buena fe y moral, y afirma el fundamento ético de la primera. Son, por consiguiente, valores morales los que corresponden a la cláusula general de buena fe; su incidencia queda reflejada en la trilogía de la clasificación y en la tipología judicial de los comportamientos de hecho, por un lado, y por otro en la creación de obligaciones de cooperación, lealtad, información, etc. (cf.: Jorge Gamarra, en "Buena fe contractual", Ed. FCU, año 2011, pág. 29).

El derecho, al igual que la moral, hacen referencia a una parte importante del comportamiento humano y se expresan, en gran medida, con los mismos términos (deber, obligación, culpa, responsabilidad).

Es cierto que la moral no es fuente directa de derecho; sin embargo, cuando su

transgresión se compagina con una maniobra espuria, a la par, violatoria de normas prohibitivas (art. 8 del Código Civil) y de la buena fe contractual (art. 1291 del Código Civil), entonces, la respuesta no puede ser otra que un fuerte reproche social contra su autor.

Llama especial atención a la Corte, que tal desaprobación no se vea plasmada en la sentencia impugnada.

Por el contrario, el fallo -sin quererlo, claro está- apaña la manipulación fraudulenta de las normas por parte del trabajador, conducta que el derecho, en toda su expresión, busca rechazar con todo fulgor.

El Dr. SANTANA recuerda que *"La buena fe es un principio jurídico fundamental que opera como supuesto de hecho de todo ordenamiento con características de postulado moral y jurídico. En su significación objetiva es el cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales; en su sentido subjetivo o psicológico es comprensivo de lealtad.*

Constituye un principio general de derecho que impone un comportamiento ajustado a consideraciones éticas, convirtiéndose en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones que rigen

también en el derecho laboral, de modo que empresario y trabajador tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal"

"Cierta sector de la doctrina refiere al término 'probidad' como integridad y honradez en el obrar. Por ende, todo acto que el trabajador cometa en fraude de esa integridad, quebranta la rectitud de ánimo que debe predominar al realizar su labor, haciendo que se dirija a obtener otros fines u objetivos diferentes al de la producción, comete acto de falta de probidad"

"El 'fraude' consiste en el engaño o acción ejecutada de mala fe, cuando contraría la verdad o la rectitud de conducta; es una inexactitud provocada conscientemente entre la realidad y la apariencia, que se presenta a la otra parte contratante, teniendo como requisito la intencionalidad y efectos negativos para los intereses del empresario"
(cf.: ob. cit. págs. 77/78).

Vistas así las cosas, este Colegiado estima que corresponde recalificar los hechos probados y, en base a ellos (que dan cuenta del artificio, engaño y comportamiento desleal del trabajador fementido), desestimar el derecho a percibir horas extras, por simple aplicación del principio "fraus omnia corrumpit" y a la regla que veda fundar

accionamientos en la culpa propia.

III.2.2) Por su parte, el Dr. Luis TOSI -que comparte lo antedicho- agrega que, aún cuando se analice la cuestión desde el ámbito de la valoración de la prueba, la solución no cambia.

En efecto, el propio Tribunal destaca las declaraciones de los propietarios del ómnibus, los "patrones", según el actor, que le habrían asignado las labores extraordinarias. Alejandro CYGAN declaró: *"la empresa no autorizaba a los empleados a hacer horas extras ... yo era propietario del coche ... en alguna oportunidad cuando yo tenía médico o algo que hacer yo le pedía a él [refiere al actor] que lo hiciera, yo lo cobraba y se lo pagaba"* (fs. 302 y vta.).

Por su parte, Raymundo GONZÁLEZ, expresó: *"Trabajo para BB desde 2011, soy propietario de parte [del ómnibus]. En BB no está autorizado a los empleados hacer horas extras. Yo le pedí a AA que me cubriera el turno, no recuerdo en cuántas oportunidades ... si yo no podía o el horario no me convenía yo lo llamaba al actor y le ofrecía hacerlo, si podía o le convenía él aceptaba y yo le pagaba a él lo mismo que yo cobraba. El actor hacía esto con mi número, porque él como obrero no podía con su número. La empresa no está en conocimiento de estos*

acuerdos, porque tengo entendido que lo sancionan a esto" (fs. 296).

El testigo DD, explicó cómo BB distribuye los turnos de trabajo: *"trabajo en BB, soy propietario ... con el actor fuimos compañeros de trabajo. No trabajamos en el mismo coche, yo tenía mi coche. Hace tres años ya pero posiblemente puede haber trabajado AA en mi coche por haberle pedido que me realizara el turno ... el acuerdo era que trabajaba en mi coche ... si hacía el jornal por mi, yo se lo pagaba, ahí figuraría con mi interno ... en el coche que yo trabajaba había días que yo no podía trabajar, yo podía hablar con la empresa si me podían poner un chofer y si podían me ponían un chofer y trabajaba con su número. Si por una fatalidad no podía trabajar o me tenía que ir antes, yo hacía un arreglo con un compañero, no dependía de la empresa" (fs. 305 y vta.).*

Para cubrir las necesidades del servicio, el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, distribuye las tareas en la forma que entendía más conveniente. En el caso de BB, tal organización incluye la no realización de horas extras y, en su lugar, la realización de tareas por otros choferes o por los propietarios de las unidades. Las tareas que reclama el actor no solo no le fueron indicadas por BB, sino que estaban especialmente

prohibidas y fueron acordadas en contra del sistema de organización de tareas dispuesto por la empleadora y a su espaldas. Además, y como lo relata el propio actor en su demanda, para realizar las tareas prohibidas desplegaba la maniobra de registrarse con otro número de funcionario, el de aquél, accionista de la empresa, a cuya solicitud trabajaba y de quien, luego, percibía el jornal.

Un caso de aristas similares al de autos, fue resuelto por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, en sentencia No. 304/2011, la que viene al caso transcribir, por el interés que representa:

"... los testigos fueron contestes en declarar que en BB los trabajadores dependientes no pueden hacer horas extra y que solo eran autorizados a hacerlo en casos muy excepcionales en cuyo caso se registraba en su planilla personal y se les pagaba. Además existe la práctica de hacer horas extra generalmente a nombre de un propietario que para el caso del actor era el Sr. ... quien declaró tener un arreglo con el actor por el cual en caso de hacerse horas extra se las pagaban a él y él al Sr. ...".

"... todos los testigos fueron contestes en sostener que estaba prohibida la realización de horas extra y que la empresa no lo sabía

porque serían sancionados por ello.

Por consiguiente, como concluyó la atacada, no es posible atribuirle responsabilidad a la empresa cuando ésta no sabía lo que pasaba en realidad entre los trabajadores y los propietarios y siendo que no autorizaba la realización de horas extra.

Por otra parte, tampoco surge fehacientemente acreditada la realización de horas extra, en la medida que los documentos de fs. 29 a 47 fueron hechos por el propio actor.

El Tribunal entiende que no puede existir una responsabilidad objetiva de la empresa y dado que si las horas extra se hacían 'sin que nadie se entere' ..., no puede ser objeto de condena a la empresa: 'La empresa prohíbe esta forma de trabajo, esto es por afuera sin que nadie se entere. El no puede hacer horas extras. Está trabajando a mi nombre ... si hace horas extras me las pagan a mi, y yo se lo pago a él'".

Por consiguiente, con tales consideraciones en mente, la Corte estima que también corresponde amparar esta fase de la impugnación y, en su mérito, dejar sin efecto la condena recaída en segunda instancia.

IV) De las costas y costos.

Atento a la conducta procesal desplegada por las partes, no se impondrán sanciones causídicas (arts. 56.1 y 279 del C.G.P. y art. 688 del C.C.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros naturales,

FALLA:

I) AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN LOS PUNTOS OBJETO DE IMPUGNACIÓN Y, EN SU MÉRITO, MANTIÉNESE FIRME LA DESESTIMATORIA RECAÍDA EN PRIMERA INSTANCIA; SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.

II) ESTÍMANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 20 B.P.C.

III) NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA