

//tencia No.221

MINISTRA REDACTORA:

DOCTRA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, veinte de julio de dos mil veintiuno

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**CAMBRE PROKASKY, RAFAEL C/ BEGA, RAFAEL Y OTROS - DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE SOCIO OCULTO COBRO DE UTILIDADES Y DE PARTICIPACIÓN SOCIAL Y EN SUBSIDIO, DECLARACIÓN DE EXISTENCIA Y DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE HECHO, COBRO DE UTILIDADES, PARTICIPACIÓN SOCIAL, ACCIÓN POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - CASACIÓN**" e individualizados con el IUE 2-5834/2018, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación deducido contra la Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 178/2020, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno.

RESULTANDO:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 87/2019, del 13 de diciembre de 2019, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15° Turno falló:

"ACOGIENDO LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA OPUESTA POR RAFAEL VEGA Y VIVIANA MISURRACO Y ACOGIENDO PARCIALMENTE LA DEMANDA DECLARANDO LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE

**EL SR. RAFAEL CAMBRE E INCRA SRL Y EN SU MÉRITO
CONDENANDO A INCRA SRL AL PAGO A RAFAEL CAMBRE [DE] LA
SUMA DE U\$S 320.806 (dólares americanos trescientos
veinte mil con ochocientos seis) POR TODO CONCEPTO CON
MAS SUS INTERESES A COMPUTAR A PARTIR DE LA DEMANDA.
TODO CONFORME A LA FUNDAMENTACIÓN EXPUESTA, SIN ESPECIAL
CONENACIÓN...” (fs. 837/851).**

II) Por Decreto No. 3833/2019, del 19 de diciembre de 2019, a instancias del recurso de ampliación interpuesto por la parte actora (fs. 853-853 vto.), la sentencia fue ampliada en los siguientes términos: **“Asistiendo razón a la impugnante habrá de ampliarse el fallo incluyendo lo siguiente: la disolución del vínculo societario se produjo el día 04/12/2015 conforme se analizó y se anotó en el cuerpo de la dictada.**

También corresponde ampliar el fallo respecto de la condena de cargo de la parte actora al pago de los honorarios de la perito Cra. Ramos que se fijaron en forma definitiva en \$U 80.000 más IVA debiendo descontarse lo ya abonado en el plazo expuesto en el cuerpo de la sentencia dictada en numeral 7”.

III) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 178/2020, del 7 de octubre de 2020, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno

falló:

"REVÓCASE LA SENTENCIA DEFINITIVA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA Y EN SU MÉRITO DESESTÍMASE LA DEMANDA. SIN ESPECIALES SANCIONES CAUSÍDICAS EN LA INSTANCIA..." (fs. 899/910 vuelto).

IV) En tiempo y forma, la parte actora interpuso recurso de casación (fs. 913-929) y, en síntesis, sostuvo:

1) **El Tribunal incurrió en un error absurdo y evidente en la aplicación del principio consagrado en el art. 140 del CGP.**

Manifestó que la Sala hizo un análisis y una valoración de los distintos medios probatorios que, prácticamente, se basa en considerar exclusivamente aquellos que benefician a la contraparte.

Indicó que la sentencia analizó escasamente la prueba favorable al reclamante y arribó a conclusiones probatorias groseramente contrarias a la racionalidad más elemental. El error en la apreciación de las pruebas resulta determinante del fallo, por lo que justifica la casación de la sentencia impugnada. Se valoró la prueba segmentando aquella que beneficia a la demandada e ignorando la que beneficia al reclamante.

2) **Violación a la regla del acto propio al calificar los pagos como comisiones.**

Denunció la contradicción entre el obrar de INCRA S.R.L y su actuar precedente, lo que hace aplicable la regla del acto propio.

INCRA S.R.L. se contradijo con su obrar precedente, al alegar que los montos pagados a Rafael Cambre correspondían a comisiones, en lugar de reconocer que eran utilidades distribuidas por la sociedad que mantuvieron.

Dichos pagos nunca fueron considerados por INCRA S.R.L. como comisiones, puesto que no fueron incluidas en los recibos de sueldo ni constan en su historia laboral.

En el marco del proceso laboral incoado por el reclamante, INCRA S.R.L., no hizo mención alguna a las mentadas comisiones (pese a que Rafael Cambre cuando demandó expresó que mantenían una sociedad en los rubros computación y celulares).

Tampoco incluyó INCRA S.R.L. las supuestas comisiones en la liquidación por egreso que realizó -con la que intentó poner fin a la relación laboral-, ni las tomó en cuenta para realizar las retenciones y los aportes correspondientes al Banco de Previsión Social y a la Dirección General Impositiva.

Por otra parte, tampoco resulta lógico que alguien cobre por concepto de comisiones por su trabajo una suma equivalente al 50% de

las ganancias deducidos los costos operativos de la empresa. Es absurdo que se sostenga que las comisiones se abonan una vez al año, cuando se hace el balance anual.

En ningún momento trató esos pagos como comisiones.

Sin embargo, ahora, en sede civil, por razones de conveniencia, pretende que se consideren comisiones. La explicación de por qué no figuraban dichos pagos en los recibos de sueldo y por qué no se tributaba sobre esos montos como si fueran comisiones es muy sencilla: no eran comisiones. Se trataba del pago de las utilidades correspondientes a Rafael Cambre por la unidad de negocio en la que eran socios -de hecho- con INCRA S.R.L. (la venta de artículos de computación y celulares).

3) Errónea aplicación del art. 170.2 del CGP.

La Sala desconoció la regla prevista en el referido precepto, que ordena al juzgador tener por auténticos los documentos privados emanados de las partes cuando no se desconozca su firma. En este caso, Rafael Bega no desconoció la firma del documento obrante a fs. 1, por el que reconoce la calidad de socio del reclamante.

Se ha incurrido en este

caso en una causal de infracción en materia de valoración de la prueba. Se ha desconocido el valor probatorio legalmente asignado a un documento en concreto: el que corre a fs. 1.

4) **Errónea calificación de los negocios jurídicos.**

El Tribunal sostuvo que no existió sociedad de hecho, porque no se dan los requisitos previstos en la Ley No. 16.060. Sin embargo, esa calificación no está jurídicamente justificada y, la calificación negocial -en tanto constituye *quaestio iuris*-, puede ser corregida en casación.

A partir de los extremos probados en casación, es posible controlar si la plataforma fáctica fue debidamente subsumida en las reglas de Derecho. La Sala no advirtió que la relación societaria entre Cambre e INCRA S.R.L. comenzó siendo informal en marzo de 2011 y se documentó formalmente el 13 de agosto de 2011, data en que le fueron cedidas a Cambre cuotas sociales de INCRA S.R.L.

Cambre nunca fue socio en la totalidad del negocio, sino solamente en los rubros computación, celulares y accesorios de ambos. Tal extremo surge de los correos intercambiados con Rafael Bega.

5) **Infracción a lo previsto**

por el art. 139 del CGP.

La demandada no controvertió que existieron una serie de pagos a Rafael Cambre luego de los ejercicios cerrados en marzo de 2012, 2013 y 2014, los que, por otra parte, surgen probados a partir de distintos documentos obrantes en autos.

Dichos pagos, que responden a las utilidades generadas por la sociedad de hecho que mantuvieron, no fueron considerados por la Sala. No le llamó la atención su cuantía; su forma de liquidación, ni la oportunidad en que el pago de dichas utilidades se produjo (a posteriori de cada cierre de ejercicio contable de INCRA S.R.L.).

Alegó en su defensa que dichos pagos retribuyeron comisiones ganadas por el reclamante, pero no lo acreditó tal como era su carga, en cumplimiento de lo previsto en el art. 139 del CGP.

En definitiva, bregó por el amparo del recurso de casación interpuesto y porque, en su mérito, se anule la sentencia impugnada y se mantenga la condena impuesta en primera instancia.

V) El recurso de casación fue debidamente sustanciado y puntualmente evacuado por la contraria a fs. 933/952 vuelto.

VI) El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, por Providencia del 2 de

diciembre de 2020 (fs. 953), ordenó franquear el recurso interpuesto para ante esta Corporación, a la que arribaron los presentes obrados el 7 de diciembre de 2020 (fs. 957).

VII) Por Decreto No. 10, del 1 de febrero de 2021 (fs. 958 vuelto), se dispuso el pase de los autos a estudio para sentencia.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, anulará la recurrida y, en su lugar, dictará el fallo correspondiente, coincidente con lo resuelto en primera instancia.

II) El "thema decidendum" a resolver en los presentes obrados, se resume en determinar si entre el Sr. Rafael Cambre e INCRA SRL existió una sociedad de hecho y, en caso afirmativo, si de ello se deriva para el primero un derecho de crédito (que el actor califica como "utilidades").

III) La plataforma fáctica.

En lo sustancial, los hechos que no resultaron controvertidos y los que el Tribunal tuvo por probados, que componen la plataforma fáctica a la que en principio debe estarse, fueron erróneamente calificados por la Sala, tal como se fundamentará en lo sucesivo.

(i) La participación del

actor en la ampliación del giro comercial de INCRA S.R.L. No fue un hecho controvertido que Rafael Cambre fue quien lideró comercialmente la ampliación del giro de INCRA S.R.L., cuando se decidió diversificar los productos que comercializaba y pasar a vender computadoras (en 2011) y celulares y accesorios (en 2012).

(ii) La percepción por parte de Rafael Cambre de la mitad de las utilidades netas derivadas de la venta de los artículos de computación, celulares y accesorios. No ha sido un hecho controvertido que recibió por concepto de las utilidades netas (esto es: aquellas que quedan luego de deducidos los costos y gastos necesarios para su obtención), derivadas de la venta de computadoras, celulares y accesorios las siguientes sumas:

a.- U\$S 57.500 (dólares estadounidenses cincuenta y siete mil quinientos dólares) correspondientes al 50% de las utilidades del ejercicio contable cerrado el 31 de marzo de 2012;

b.- U\$S 63.100 (dólares estadounidenses sesenta y tres mil cien), correspondientes al 50% de las utilidades del ejercicio cerrado el 31 de marzo de 2013 y

c.- U\$S 150.673,75 (dólares estadounidenses ciento cincuenta mil seiscientos setenta y tres con setenta y cinco centavos) corres-

pondientes al ejercicio cerrado el 31 de marzo de 2014.

En definitiva, no ha sido un hecho controvertido que al cierre de cada ejercicio contable se calculaba la utilidad neta que la venta de los multicitados productos generaba y se repartía por mitades entre INCRA S.R.L. (Rafael Bega) y Rafael Cambre.

A partir del ejercicio contable, cerrado el 31 de marzo de 2015, se suscitaron divergencias en cuanto a la magnitud de las utilidades a distribuir. En esas circunstancias, cada una de las partes designó un profesional contador (intervinieron los Cres. Silvia Cúneo y Pablo García), a efectos de llegar a un acuerdo sobre la cantidad a repartir, luego de analizar la contabilidad y la documentación relativa a estas operaciones.

Tampoco está en discusión que Bega propuso a Cambre capitalizar las ganancias generadas pero no distribuidas. Ante la negativa de Cambre, se produjo un deterioro en la relación que culminó en su egreso de la firma por despido el 5 de diciembre de 2015.

Está fuera de discusión, también, que Cambre nunca percibió esas ganancias por el ejercicio cerrado el 31 de marzo de 2015, ni tampoco las devengadas en el ejercicio siguiente hasta su egreso de

INCRA S.R.L.

(iii) La existencia de un documento no desconocido (obrante a fs. 1) en el que Rafael Bega reconoció la calidad de socio de Rafael Cambre en las ventas de Computación y Celulares de INCRA S.R.L. Existe un documento que corre a fs. 1, que está firmado y no ha sido desconocido, en el que Rafael Bega reconoció que:

"...Rafael Cambre es SOCIO en las ventas de Computación y Celulares de INCRA S.R.L. De la liquidación hecha al 31/03/2013 le adeudo dólares americanos U\$S 25.629.-

También se le adeuda la liquidación hasta el 30/09/2013..." (fs. 1).

Adviértase que en el proceso laboral oportunamente promovido contra INCRA S.R.L. (expediente acordonado), Cambre presentó testimonio de este documento en orden a acreditar que era socio en los rubros computación y celulares (fs. 4 del acordonado).

Al contestar la demanda laboral, INCRA S.R.L. desconoció expresamente al documento (fs. 67 vuelto y 68) y solicitó su desglose. Sin embargo, en este proceso no mantuvo la misma actitud. Aseveró al contestar la demanda que: *"En relación al documento privado presentado por la contraparte a fs. 1, corresponde que la Sede tenga presente que no se*

desconocerá la firma del mismo" (fs. 428 vuelto).

En definitiva, en el proceso laboral se aseveró que el documento no era auténtico pero en este juicio no lo desconoció. Primera de varias inconsistencias que revela la conducta de la codemandada.

(iv) El tratamiento tributario y laboral de los pagos realizados por INCRA S.R.L. a Cambre. No ha resultado un extremo controvertido que, pese a que INCRA S.R.L. ha basado su defensa en aseverar que los pagos realizados a Cambre sobre las utilidades producidas por las ventas de artículos de informática y celulares retribuían el pago de comisiones, no dispensó a esas partidas el tratamiento tributario ni laboral que corresponde a las comisiones.

En efecto, lucen agregados los recibos de sueldo del actor (fs. 5 a 39 del acordonado y fs. 450 y ss. *infolios*), en los que no constan documentadas las comisiones. Tampoco se consideró la incidencia de las comisiones para calcular los rubros laborales por egreso en la liquidación que le formuló a Cambre al momento de su egreso de INCRA S.R.L.

Está probado que no se retuvo IRPF (Categoría II), ni se retuvieron tampoco los aportes personales que gravarían dichas partidas si efectivamente constituyeran comisiones (arts. 32 del

Título 7 del T.O. 1996; 152 y concordantes de la Ley No. 16.713 y 26 del Decreto No. 526/996).

IV) **Agravios relativos a la errónea valoración de la prueba**

(i) En primer término, es oportuno recordar que a juicio de los Doctores Minvielle, Tosi, Pérez y la redactora, para que prospere la recurrencia, debe verificarse un caso de absurdo o arbitrariedad en la decisión judicial; un supuesto de error inequívoco, concebido como la necesidad de una apreciación exactamente opuesta a la que arribó la Sala sentenciante.

Como primera condición, quien recurre en casación debe, en primer término, denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, mas sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación. Por otro lado y en forma concomitante, como segunda condición, la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demos-

trada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

Tal como surge de la síntesis realizada *ut supra*, la parte actora ha dado cabal cumplimiento a tales requisitos, correspondiendo entonces ingresar al análisis del agravio formulado.

(ii) A juicio del Doctor Tabaré Sosa, el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente, ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen "*verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación...*". (Hitters, Juan Carlos, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de casación*, LEP, La Plata, 1998. pág. 460).

En conceptos trasladables, Fernando de la Rúa concluye que "*La sana crítica es, pues, un sistema consagrado por las normas jurídicas; su infracción viola éstas...*" (de la Rúa, Fernando, *El recurso de casación*, Víctor P. De Zavalía -Editor-, Buenos Aires, 1968, pág. 405).

Una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el

artículo 140 del Código General del Proceso constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en el artículo 270 y primera parte del art. 277.3 *ejusdem*, aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. Van Rompaey, Leslie, Rev. Col. Abog. Urug. No. 137, págs. 6 y ss.).

(iii) Sin perjuicio de las diversas posiciones en relación a este tipo de agravios, en el caso, todos los Ministros de la Corporación coinciden en que es posible ingresar a su consideración.

V) **Los elementos para concluir que existió sociedad de hecho.**

A juicio de este Cuerpo, la existencia de la sociedad de hecho se encuentra probada en la medida en que se dan todos los requisitos reclamados por el art. 1° de la Ley de Sociedades Comerciales No. 16.060.

En efecto, la ley reclama para que exista sociedad comercial, la presencia de aportes de dos o más personas físicas o jurídicas para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca.

El aporte puede consistir en dinero o en trabajo ("industria") en ciertos tipos

sociales, como el de la sociedad de hecho (arts. 58 inciso 2° y 61 de la Ley No. 16.060). En el caso bajo examen, no hay de duda que Rafael Cambre -quien cumplía labores gerenciales en INCRA S.R.L.- aportó su trabajo para llevar adelante la ampliación de giro y comercializar artículos de computación, celulares y accesorios. De acuerdo con pautas de razonabilidad y reglas de experiencia, si obtenía la mitad de las utilidades contables que las ventas de dichos artículos reportaban (que como se recordó más arriba eran cuantitativamente importantes), era porque contribuía a su generación.

La realización de actividad mercantil organizada en este caso está hartamente probada y ni siquiera ha sido puesta en tela de juicio. La distribución de ganancias, como se explicó previamente, tampoco ha sido controvertida. Y como bien señala la recurrente, ni siquiera se invocó que hayan existido pérdidas, por lo que no puede exigirse la prueba sobre un hecho no alegado. La Sala no cuestiona derechamente la existencia de estos elementos, no obstante, pone en tela de juicio que haya existido *affectio societatis*, por lo que se dedicará el siguiente apartado a su examen detallado.

(i) La *affectio societatis* y la incidencia para concluir que existió una sociedad de hecho.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia, reclaman también que se acredite la *affectio societatis*, para que pueda concluirse que estamos en presencia de una sociedad comercial.

Por otra parte, existe un importante sector dogmático y jurisprudencial que postula que no se trata de un requisito necesario para la existencia de sociedad de hecho; en otras palabras: se asevera que podría haber sociedad de hecho aun sin *affectio societatis*, porque no es un requisito que la ley reclame.

En este caso la Sala postuló que: *"...en el caso sometido a estudio, faltó el 'affect[i]o societatis' que caracteriza el hecho de ser 'socio' de un emprendimiento comercial. (...) no existió sociedad comercial entre el actor e Incra S.R.L. porque no se dan los elementos esenciales para su configuración; falta el affectio societatis"* (fs. 904 y 906).

Como corolario de lo expuesto y, al descartar la presencia de la sociedad de hecho alegada, la Sala concluyó que los pagos recibidos por el reclamante retribuían comisiones, como alegó la demandada.

Este resulta ser el argumento determinante del fallo (art. 270 inciso 2° del CGP), que correctamente ataca la recurrente.

Pues bien, la dogmática ha conceptualizado la *affectio societatis* como el elemento distintivo del contrato de sociedad y ha añadido que consiste en: "...la intención de trabajar todos juntos y en un plano de igualdad en el éxito de la empresa en común" (cfme. Richard, E. y Muño, O.: "Derecho Societario", Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 152).

Nuestra jurisprudencia ha expresado, en términos trasladables al caso de marras, en Sentencia No. 167/2018 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º: "... Ahora bien para que haya sociedad comercial deben verificarse los requerimientos establecidos en el art. 1 de la Ley No. 16.060, exigencias que se derivan del Derecho francés (PIC, *Traité...*, t. 1, p. 19, No. 15, ed. Rousseau & Cie., París, 1925; BOISTEL, *Précis...*, p. 128 y ss., Nos. 165 y ss., 3ª ed., París, 1884; BAUDRY - LACANTINERIE y WHAL, *Traité...*, t. XXIII, p. 2 y ss., 3ª ed., 1907) también recogidas por el argentino (SIBURU, *C. Com. comentado*, t. 4, p. 211 y ss., 3ª ed., Abeledo, 1933). Ellas son: 1) la puesta en común de las contribuciones, sujetas a la evaluación financiera, realizada por cada uno de los contratistas; 2) la participación de todos los contribuyentes en los beneficios, y su contribución correlativa a las pérdidas que pueden resultar de la empresa y 3) La '*affectio societatis*', o sea, la

colaboración voluntaria en vista a un objetivo común consistente en la realización de un beneficio para repartir (PIC, op. cit., p. 19, No. 15). La jurisprudencia nacional ha definido a este último elemento mencionado como la conducta del socio encaminada al logro del objeto social y, en definitiva, del fin común (SCJ en LJU 14247) y en particular esta Sala ha dicho que se trata de la común intención de las partes de compartir lucros y pérdidas y asumir las responsabilidades y los riesgos de la empresa, en síntesis compartir la suerte de la empresa (sentencia No. 131/15 de la Sala). Cabe destacar asimismo que la sociedad de hecho constituye una persona jurídica desde el acuerdo entre los socios como dispone el artículo 2 de la LSC (MACHADO, Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual, p. 13, semana académica 2015, FCU) que carece de contrato escrito (FIRPO, Soc. Com., p. 45, FCU, 1990; GAGGERO, Análisis..., t. I, p. 42, FCU, 1992; HOLZ y POZIOMEK, Curso..., p. 71, 3ª edic. Actualizada, AMF, 2016; MILLER, en LJU t. 149, p. D-67 y ss.; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Manual Der. Com. Urug., vol. 4, t. 2, p. 134, FCU, 2006). Sostiene MILLER (op. cit.) que en la sociedad comercial de hecho el consentimiento de constituir la sociedad es verbal o incluso el mismo puede haber sido prestado en forma tácita o implícita. Es decir, no es necesario un

consentimiento verbal de conformar la sociedad. Si los componentes han materializado los aportes y además verificado, aun impensadamente, todos los restantes elementos que la ley societaria establece como determinantes en su coexistencia de la presencia de una sociedad comercial (art. 1, LSC), entonces en tal caso es irrelevante la presencia o ausencia del consentimiento dado en forma verbal, ya que implícita o tácitamente lo han otorgado al verificar los aportes y los demás elementos característicos de la sociedad mercantil, y ello aun sin tener plena consciencia de que estaban configurando una sociedad. Afirma ello fundado en dos elementos: (a) la ausencia del 'affectio societatis' (el afecto entre socios) como elemento que determina la existencia de una sociedad mercantil; ello hace que se torne irrelevante lo que cada sujeto creía o entendía al respecto o su voluntad de cómo observa su participación en este emprendimiento y (b) la ley debe reputarse conocida, por lo que, si los emprendedores no tenían conocimiento de que estaban impensadamente verificando todos los elementos que caracterizan a la sociedad, esta ignorancia no puede servir de excusa para negar la existencia del fenómeno societario. Asimismo de acuerdo con el art. 41 de la LSC cualquier medio de prueba lícito es idóneo para acreditar la existencia de este tipo social...".

Ahora bien, sin perjuicio de que no existe consenso en la dogmática y la jurisprudencia en cuanto a si la presencia de la *affectio societatis* constituye o no una condición necesaria para la existencia de una sociedad de hecho, tal discusión deviene estéril en el caso concreto, por cuanto, a juicio de la Corporación, ésta se ha probado claramente.

Aun siguiendo la línea clásica adoptada por la Sala, de acuerdo a la prueba producida en obrados, se entiende que se encuentran probados elementos que inequívocamente conducen a la conclusión de que sí existió el elemento *affectio societatis*.

Consecuentemente, se concluye que la valoración probatoria hecha por la Sala para negar que haya existido entre los socios la intención de contribuir a la empresa común, nuevamente se ha apartado de la sana crítica.

Esa intención surge clara del reparto de utilidades, ejercicio tras ejercicio, durante tres años.

Por otro lado, surge de la existencia de una expresión contable separada que permitía cuantificar esas utilidades derivadas de la venta de computadoras, celulares y accesorios (al menos

mientras estas se repartieron). A tal punto que en determinado momento, cuando no lograron acuerdo, cada uno de los socios designó un contador para establecer con exactitud la magnitud de las utilidades a repartir.

En otro orden, hubo reconocimiento ante terceros por parte de Rafael Bega de que Cambre: "...es SOCIO en las ventas de Computación y Celulares de INCRA S.R.L..." (fs. 1). No menos indicativo de la existencia de la sociedad es el mail enviado por Rafael Cambre a Rafael Bega el 21 de octubre de 2015, con el asunto: "*Cuentas sociedad negocio computación y celulares*". En dicho mail consignó: "...te envío en archivo adjunto el resultado de la sociedad para el ejercicio del balance 2014. Como verás el resultado es extraordinario acorde al balance general de Incra para el mismo ejercicio". A ese mail Bega respondió pocas horas después: "*De acuerdo, déjame estudiarlo y lo evaluamos conjuntamente. Nos felicitamos.*" (fs. 145).

Por otra parte, y como ya fuera expresado, no fue un hecho controvertido que Cambre fue quien impulsó la ampliación del giro comercial de INCRA S.R.L., diversificándose los productos que comercializaba, pasando primero a vender computadores y luego celulares y accesorios .

A todo esto se suma que la

calificación jurídica de los pagos realizados como comisiones, constituye una errónea calificación jurídica, como se examinará más abajo. Se encuentra en absoluta contradicción con el obrar precedente de INCRA S.R.L., tal como se explicará con más detalle.

Este cúmulo de elementos probatorios conducen a la inequívoca conclusión de que lo que existió fue una sociedad de hecho entre INCRA S.R.L. y Cambre, que tuvo como objeto la comercialización de computadoras, celulares y accesorios. No puede obviarse la existencia de un propósito o intención común de llevar adelante la empresa con dicho objeto.

La valoración probatoria de la Sala es, por lo tanto, irracional y contraria a la abundante prueba obrante en autos y, por ende, puede y debe ser censurada en casación (cfme. Colombo, E.: "Casación: Teoría del absurdo evidente", RUDP, 1/1983, págs. 57/58 y, en jurisprudencia, por todas, véase la Sentencia No. 1.211/2019).

La intención constitutiva del elemento *affectio societatis*, cuya presencia el Tribunal se ha negado a reconocer, quedó perfectamente probada. Sin perjuicio de anotarse que, para un importante sector doctrinario y jurisprudencial no resulta un elemento determinante para concluir que exista sociedad de hecho. Por lo tanto, si se siguiera

esta línea de razonamiento, el error de la Sala derivaría de reclamar un elemento que la ley no reclama.

Si se siguiera esta tesis, resultaría forzoso concluir que la exigencia de la Sala de reclamar la prueba del *affectio societatis* para tener por acreditada la sociedad de hecho, carece de apoyatura legal.

En resumen, los elementos probatorios disponibles dan cuenta de la existencia de la sociedad de hecho invocada que mantuvieron Cambre e INCRA S.R.L.

Como enseña Miller, en palabras que resultan aplicables a este caso, debe concluirse que hay sociedad comercial de hecho: “...cuando los comportamientos de sus integrantes no tengan otra explicación jurídica lógica que no sea la de denunciar la existencia misma de esa sociedad de hecho entre sus componentes”. (cfme. Miller, A.: “Actividad empresarial mercantil y sociedad de hecho”, LJU, T. 149, pág. D-78).

En este caso, la explicación lógica y racional a partir del conjunto de elementos probatorios es coherente con la hipótesis de la existencia de la sociedad de hecho entre Cambre e INCRA S.R.L. Y, como se verá, no es racionalmente aceptable la idea de que Cambre recibía siderales pagos

(que superaban con creces sus ingresos salariales), por concepto de comisiones.

A esta errónea calificación dedicaremos el siguiente punto.

VI) **La calificación de los pagos realizados a Cambre como comisiones.**

Respecto a la admisibilidad del presente agravio en casación, sabido es que la calificación jurídica de un negocio es un aspecto que resulta revisable en casación por ser una *quaestio iuris*.

La Corte tiene consolidada jurisprudencia en la que ha postulado que la interpretación de los negocios jurídicos y su calificación puede constituir una infracción jurídica revisable en casación, pues un contrato como negocio jurídico crea normas de Derecho entre las partes y, en consecuencia, puede recibir una interpretación jurisdiccional que admite ser revisada en casación. Del mismo modo la determinación de la naturaleza del vínculo existente entre las partes (por ejemplo, si se trata de un arrendamiento de servicios o una relación de trabajo) es una cuestión revisable en casación, a partir de lo cual corresponde el análisis de los extremos de hecho tenidos por probados en las instancias de mérito y, en ese sentido, si se efectuó una correcta subsunción de aquellos

elementos dados por probados en la categoría de que se trate (cfme. Giuffra, C: "Los recursos judiciales en el Código General del Proceso", T. II, FCU, Montevideo, 2017, págs. 94/95; en jurisprudencia véanse las Sentencias Nos. 254/2007 y 732/2014 entre muchas otras).

La Sala, luego de descartar la existencia de la sociedad de hecho, por entender que no se acreditó el elemento *affectio societatis*, concluyó que las sumas percibidas por Cambre, derivadas de las utilidades producidas por la venta de computadoras, celulares y accesorios, eran comisiones.

Calificó ese flujo de dinero como el pago de comisiones (retribuciones realizadas en el marco del contrato de trabajo que ligó a Cambre con INCRA S.R.L.).

Pues bien, dicha calificación jurídica también resulta errónea. Partiendo de los hechos que se tuvieron por probados por la propia Sala, se entiende que tal calificación no se encuentra jurídicamente justificada.

Los elementos de juicio disponibles determinan que no puedan calificarse como comisiones. En efecto, sabido es que las comisiones, al igual que el salario, son una contraprestación por el trabajo cumplido en relación de dependencia.

Los siguientes elementos

son indicativos de que las ganancias netas derivadas de la comercialización de los multicitados artículos, percibidas por Cambre, no eran comisiones. En tal sentido, se destacan los siguientes que, en el caso concreto, resultan definitorios:

(i) Su morfología. Se pagaban luego de cerrado el ejercicio contable anual de INCRA S.R.L y representaban la mitad de la utilidad contable neta obtenida por la sociedad por la venta de computadoras, celulares y accesorios.

La experiencia indica que no es común esta forma de calcular las comisiones por ventas, que normalmente se pagan sobre un porcentaje menor y al término de cada mes.

(ii) El hecho de que ante las desavenencias sobre la magnitud de las cantidades a cobrar por el ejercicio cerrado el 31 de marzo de 2014, el actor e INCRA S.R.L. hayan designado un contador por cada parte para controlar la magnitud de las utilidades generadas. Esta conducta no es indicativa de que se tratara de comisiones por ventas; más bien todo lo contrario. La experiencia indica que los trabajadores no suelen designar contadores para que controlen la contabilidad y el balance de su empleadora, a efectos de establecer la magnitud de las comisiones que tienen derecho a percibir.

(iii) El tratamiento laboral y tributario que INCRA S.R.L. le dio a las supuestas comisiones (regla del acto propio). Es palmaria la incongruencia entre el discurso de INCRA S.R.L. al afirmar que las retribuciones abonadas a Cambre correspondían al pago de comisiones y su obrar precedente en el plano contable y tributario, como con total acierto lo denuncia la recurrente.

En efecto, consta en los recibos de sueldo del actor que en ningún momento INCRA S.R.L. documentó esos pagos. Si hubiesen sido comisiones, deberían haber sido incluidas en los recibos de sueldo salariales (art. 10 de la Ley No. 16.244 y arts. 38 y ss. del Decreto No. 108/2007).

También debería haberse contemplado su incidencia para el cálculo de los rubros laborales por egreso que INCRA S.R.L. realizó al final de la relación laboral, así como para el cálculo de la indemnización por despido. Empero, INCRA S.R.L. no las consideró porque evidentemente no eran comisiones.

A esto se contraponen la actitud coherente que mantuvo el reclamante, que no hizo reclamo alguno en sede laboral sosteniendo, coherentemente, que no eran comisiones sino dividendos de una sociedad (ver fs. 47 y 48 del acordonado).

A esta coherencia del

actor se contraponen las contradicciones de INCRA S.R.L. por el tratamiento tributario que dispensó a esos pagos. Si efectivamente fueran comisiones como aseveró, debería haber retenido el IRPF - Categoría II que las alcanza (art. 32 del Título 7 del T.O. 1996) y los aportes personales (art. 152 de la Ley No. 16.713 y art. 26 del Decreto No. 526/96), dado que constituyen materia gravada tanto para el impuesto a la renta de las personas físicas, como para las contribuciones especiales de seguridad social (para este punto véase: Storace, D.: "Materia gravada para contribuciones especiales de seguridad social y para el impuesto a la renta de las personas física - rentas del trabajo dependiente" en AA. VV.: "Derecho del Trabajo" (Juan Raso Delgue: Director - Alejandro Castello: Coordinador), T. II, FCU, Montevideo, 2012, págs. 216/217).

La omisión de INCRA S.R.L. de dispensar a los pagos hechos a Cambre el tratamiento laboral y tributario que les correspondía, si es que eran comisiones, milita en contra de que puedan ser calificados como pretende.

Resulta convocable en este caso la llamada regla del acto propio. En efecto, ante la incongruencia entre dos conductas de un sujeto en la vida de relación con los demás sujetos, debe privilegiarse la primera acción cuando el cambio en el

comportamiento resulta abrupto e injustificado. La regla del *non venire contra factum proprium* se asienta en los principios de seguridad, razonabilidad y buena fe que deben orientar la aplicación del Derecho (cfme. Gelsi Bidart, A.: "Acerca de la teoría del 'acto propio'", Revista Jurídica Estudiantil, V. 5, No. 3 (Mayo de 1988), págs. 9 y ss. y López Mesa, M: "La doctrina de los actos propios", B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 89 y ss. y Berro, F: "La relevancia jurídica de la conducta anterior (Teoría de los Actos Propios), Amalio Fernández, Montevideo, 1989, págs. 65 y ss.).

Como bien lo señala Jonás Bergstein, la regla del *non venire contra factum proprium* resulta las más de las veces de aplicación intuitiva; se trata de una noción que resulta de aplicación en la vida diaria y no requiere de mayores explicaciones. Lo cual tampoco es casual, en tanto las circunstancias que lo ambientan -la confianza depositada, la sorpresa, la contradicción-, tocan o hieren la sensibilidad jurídica (cfme. Bergstein, J.: "Buena fe y derecho tributario", La Ley Uruguay, Montevideo, 2018, pág. 120).

Quien despliega un proceder contradictorio con su obrar precedente, intentando en forma judicial o extrajudicial una conducta contradictoria con su obrar anterior, traicionando una expec-

tativa legítimamente generada, no merece la protección del Derecho (cfme. Minvielle, B y Reyes, A.: "La doctrina de los actos propios" (perspectiva procesal civil), RUDP 2/2000, págs. 291 y ss.).

En este caso, las contradicciones del accionar de INCRA S.R.L. con sus afirmaciones contrastan con la conducta coherente que mantuvo el reclamante, tanto al accionar en sede laboral como en sede civil.

En definitiva, se concluye que la calificación de las retribuciones abonadas por INCRA S.R.L. a Cambre como comisiones, como se adelantara, no se encuentra jurídicamente justificada.

VII) No corresponde imponer especial condena en costas y costos (artículo 279 del Código General de Proceso).

Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por unanimidad de sus integrantes naturales,

FALLA:

ANÚLASE LA RECURRIDA Y, EN SU LUGAR, DECLÁRASE LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE EL SR. RAFAEL CAMBRE E INCRA S.R.L., Y CONDÉNASE A INCRA S.R.L. AL PAGO AL SR. CAMBRE DE LA SUMA DE U\$S 320.806 (dólares americanos trescientos veinte mil con ochocientos seis) MÁS SUS INTERESES A COMPUTAR DESDE LA

DEMANDA, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 30 B.P.C.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y,

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

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

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

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

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA