

A 22 AÑOS DE LA INCORPORACIÓN EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 132 BIS

FÉLIX ALEJANDRO OLMOS¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Caracteres de la sanción. 3. Naturaleza jurídica. 4. El incumplimiento tipificado por la norma. 5. Requisitos para la procedencia de la sanción. 6. La retención de aportes, empleo no registrado y estatutos especiales. 7. El monto de la sanción y su extensión temporal. 8. La exhibición de los comprobantes en juicio. 9. Argumentos por medio de los cuales se ha rechazado su aplicación. 10. Facultad de reducir las sanciones pecuniarias a partir de la sanción del código civil y comercial. 11. Colofón

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 25.345 publicada en el Boletín Oficial el día 17/11/2000, en el capítulo VII, titulado Normas referidas a las relaciones laborales y el empleo no registrado, en su art. 43 incorporó el art. 132 bis en la Ley de Contrato de Trabajo.

La finalidad de la norma fue sancionatoria, dirigida contra los empleadores que hubieren retenido aportes del trabajador destinados a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliado a asociaciones profesionales de trabajadores, o miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios o prestaciones que otorguen dichas entidades, y que al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo, por cualquier causa, no hubiere ingresado, total o parcialmente, esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados.

La ley 25.345 no estableció nuevas obligaciones laborales, sino nuevas consecuencias o apercibimientos para el incumplimiento de las obligaciones derivadas del deber de diligencia del empleador, consagrado en los arts. 79 y 80

¹ Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos y Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales.

de la Ley de Contrato de Trabajo², deber que comprende distintas obligaciones: el registro de la relación ante los organismos públicos, el ingreso de los aportes y contribuciones de la seguridad social y sindicales, la entrega al trabajador de las constancias documentadas de aportes y la expedición de certificado de trabajo y aportes.

La finalidad de la medida es sancionar la apropiación por parte del empleador de sumas de dinero, que forman parte de su salario³, que el trabajador destina para mantener la entidad sindical a la cual se encuentra afiliado, a la mutual o cooperativa que le presta servicios, o para su futura jubilación o para el cuidado de su salud. Indebidamente, en un principio se señaló que la medida respondía a un fin tributarista⁴ o fiscal⁵, sin embargo, esta conclusión es errónea, ya que las sumas retenidas tenían diversos destinos, no relacionados con el fisco, como una mutual, una cooperativa o una institución para el cuidado de la salud, las que no guardan relación con un interés fiscal.

Es de advertir que, la norma se dirige a la retención de aportes, y no a las contribuciones patronales⁶ por obra social o jubilaciones que debe realizar el empleador⁷, tiene como finalidad solo el dinero que corresponde a una parte del salario del trabajador, que indebidamente se apropia el empleador. Es por esta razón que, el artículo 132 bis se encuentra dentro del capítulo relativo a la "Tutela y pago de la remuneración" del trabajador, las sumas indebidamente retenidas son parte de la remuneración.

Indudablemente, las sanciones conminatorias no persiguen reparar el perjuicio producido por la apropiación indebida, tienen una finalidad moralizadora y disuasiva, que consiste en procurar evitar esta conducta que, es fruto del aprovechamiento por parte del empresario de su posición dominante.

² SCJMza, Sala II, Expte. N° 77.581, caratulada "Szczypyski, Ramón D. en J° 11.574 "Szczypyski, R. D. C/ Burini V. M. P/ Desp. s/ inc. cas."

³ GRISOLIA, Julio Armando, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, Opus Cit., T° II, Pág.780.

⁴ GARCIA VIOR, Andrea Érica, El despido como escenario de otras indemnizaciones: Las Multas de los artículos 80 y 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, Colección de Temas de derecho Laboral, El despido arbitrario y sus consecuencias indemnizatorias, Ed. Errepar, Pág. 335.

⁵ CNAT Sala V Expte N° 24.750/07, Sentencia N° 72.944 del 22/2/2011 "Rojo, Julio César C/Siembra Seguros de Retiro SA S/Despido

⁶ GRISOLIA, Julio Armando, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, 5ta Edición, Ed. Nova Tesis, T° II, Pág. 780.

⁷ CNAT, Sala IV, Expte. N° 32.109/08, Sentencia N° 95.545 del 30/06/2011 "Moure, Gabriel Eduardo C/Sanitor SRL S/Despido".

El legislador frente al fracaso del modelo de fiscalización y coacción tradicional fundado en el “poder de policía del trabajo”, recurrió a la técnica de involucrar al trabajador como operador descentralizado del poder de policía⁸, con la finalidad de combatir la evasión, la mora en las cargas parasalariales y la informalidad laboral. El sistema de inspección y sanción con multas administrativas, a través del ejercicio del poder de policía, evidenciaba su fracaso, lo que se reflejó en el incremento del trabajo no registrado, evasión y apropiación de las sumas con destino a cubrir intereses de los trabajadores.

Se impuso una sanción represiva o punitiva, que se impondría a los infractores, para disuadirlos de su conducta. Esta sanción no es de naturaleza contractual, por lo que no tiende a reparar el daño producido al trabajador individual, sino que tiene en cuenta el interés general, ya que cuando un trabajador advierte que no le han aportado la retención realizada en su salario, lo cierto es que el empleador se ha apropiado de los aportes de todos sus trabajadores, solo descubrió la punta del iceberg. El bien jurídico protegido excede con mucho al de mero interés contractual, busca resguardar otros bienes jurídicos mediante técnicas propias del Derecho Represivo.

Es indudable, que este tipo de conducta antisocial, de apropiación de parte de la remuneración por el empleador, no solo perjudica al trabajador individual, que se ve privado a acceder en tiempo y forma a los beneficios que le brinda su sindicato, seguro de vida, salud o vivienda, sino que además afecta la financiación de los sistemas de solidaridad creados para satisfacer sus necesidades más básicas, privando a los miembros de la comunidad del efectivo y oportuno acceso a los beneficios que dependen de tales recursos⁹.

2. CARACTERES DE LA SANCIÓN

Podemos definir a las sanciones conminatorias como medios técnicos previstos por la ley, para promover el cumplimiento de determinados deberes. En el caso del art. 132 bis, tienen por objeto compeler al empleador a ingresar los aportes

⁸ ACKERMAN, Mario, director, Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Ed. Rubinzal- Culzoni, Pág. 263.

⁹ SCJMza, Sala II, Fioretti Diego C/ Pescaglia S.A. S/ Despido S/ Incidente – Casación, Sentencia, 20/03/2009, MJ-JU-M-43563-AR|MJJ43563|MJJ43563.

retenidos al salario del trabajador con destino a su entidad sindical, cooperativa, mutuales, obra social, etc., y disuadirlo de no volver a reincidir en este tipo de práctica antisocial.

Señala Caparros¹⁰ que en doctrina existen más acuerdos que discrepancias respecto a los caracteres que presenta la sanción conminatoria. Sin perjuicio de las diferencias que expresa la doctrina respecto a su naturaleza jurídica y la asociación que practican con otras figuras, existe consenso en destacar los siguientes caracteres distintivos:

a) *El carácter eminentemente punitivo de la sanción y su componente resarcitorio*: Se dirige principalmente a agredir el patrimonio del empleador, con base a la comisión de un ilícito tipicado en la norma. En cuanto al aspecto resarcitorio de estas sanciones, compensaría la privación de acceso en tiempo y forma, a los beneficios de la obra social, sindicales, mutuales, previsionales, etc, pese a no ser esta la finalidad principal de la norma. Sin embargo, no es una “indemnización de daños”, no posee una naturaleza resarcitoria, su procedencia no está supeditada a la demostración de un perjuicio por parte del trabajador.

Las obligaciones de causa punitiva, producen necesariamente una agresión al patrimonio del deudor, que encuentra su límite en las dos condiciones que impone el régimen constitucional para el ejercicio válido de la punición en un sistema republicano: Nulla poena sine lege y nulla poena sine culpa. Al contrario que las obligaciones resarcitorias, la existencia de daño es indiferente, carece de importancia la cantidad retenida o la cantidad de oportunidades en que incurrió en este tipo de conductas.

b) el origen legal de la sanción: Es una sanción de origen legal, se impone con independencia de la voluntad de las partes, por lo tanto, no puede ser renunciada.

c) *Una sanción en beneficio del trabajador*: El trabajador actúa un colaborador o gestor oficioso para denunciar el ilícito, constituyéndolo en beneficiario. Que sea el trabajador quien percibe las multas no implica enriquecimiento sin causa, puesto que su causa fuente es la ley.

¹⁰ CAPARRÓS Lucas, La logomaquia en torno de la sanción establecida en el artículo 132 bis de la LCT. Una figura atípica, de tipicidad sobreviniente, Revista de Derecho Laboral, Las indemnizaciones laborales, Tomo: 2022 – 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Pág. 257.

d) *No sustituye a la obligación incumplida*: No sustituye la obligación de ingresar los fondos indebidamente retenidos. Obsérvese que las obligaciones punitivas no sustituyen la obligación originaria (que sigue siendo debida) sino que crean una obligación nueva¹¹.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Como una primera aproximación, debemos señalar que, su naturaleza jurídica no es remuneratoria ni indemnizatoria, no obedece al trabajo realizado o prometido en virtud del contrato, ni es indemnizatoria y es independiente de los daños causados al trabajador. Se trata de una sanción conminatoria mensual de monto similar al salario que, se devengará con igual periodicidad que el mismo, hasta que el empleador acredite el efectivo ingreso de los aportes retenidos, con intereses y multas a los organismos correspondientes¹².

El empleador retiene del salario del trabajador sumas de dinero con destino a la entidad sindical, mutual, cooperativa, seguridad social, etc., por lo que, dichos fondos no pertenecen al empleador, por lo que se apropia indebidamente de sumas de dinero que no le pertenecían, y que tenían por destinatario organizaciones que responden a intereses del trabajador¹³.

A los efectos de explicar su naturaleza jurídica, la doctrina ha recurrido a distintos institutos, tales como la astreinte, el salario continuatorio o bien como una técnica represiva.

Tanto el art. 132 bis de la LCT como el art. 804 del CCCN, utiliza la denominación sanciones conminatorias, en ambos casos su origen radica en el incumplimiento de una obligación, expresándose como condenaciones de carácter pecuniario que tienen por fin agredir el patrimonio del deudor, con un doble propósito, ser

¹¹ ARIAS GIBERT Enrique N., Las multas en el contrato de trabajo, Derecho del Trabajo Año I Número 2, Trabajo No registrado I, Delitos en la Contratación Laboral, Infojus, SAJJ.

¹² SCJMza, Sala II, Expte. N° 109051, caratulado "Ferreira Juan Carlos En J39535 Juan Carlos C/Transporte San Francisco SA P/Diferencias Salariales P/Rec. Ex. De Inc", Sentencia, 05/03/2015, LS476-229.

¹³ SCJMza, Sala II, Fioretti Diego C/ Pescaglia S.A. S/ Despido S/ Incidente – Casación, fallo citado. En la especie, se destacó que, el deber del empleador que actúa como agente de retención consiste en retener de la remuneración del trabajador los porcentajes dispuestos por las leyes y depositar los fondos retenidos a la orden de los organismos de la seguridad social y sindicales correspondientes. Dado que las retenciones no forman parte del patrimonio del agente de retención, el empleador que retiene y no deposita, retiene indebidamente

persuasivo y punitivo. Si bien un sector de la doctrina pretendió emparentarlas, la sanción del 132 bis no puede caracterizarse como un astreinte¹⁴.

Si bien, ambas tienen por objeto obligar al deudor a cumplimentar aquello a lo cual está obligado, procurando vencer su resistencia mediante una presión psicológica que lo mueva a cumplir, en el caso del art 132 bis la sanción no es fijada por el juez, sino que este la aplica de acuerdo a lo establecido legalmente e incluso se encuentra cuantificada en el texto legal. Tal peculiaridad, las diferencia, sin perjuicio de que, de algún modo también guarda analogía con aquella, en tanto que no se relaciona con el efectivo perjuicio sufrido por el acreedor, y se la utiliza para conminar al cumplimiento de un deber que, en principio, está desprovisto de un contenido económico directo –depositar los aportes retenidos¹⁵.

La sanción conminatoria del artículo en estudio, no depende de una resolución judicial preexistente sino de la inobservancia de una obligación legal, y su importe está fijado de antemano por la propia ley, no pudiendo ser aumentado o disminuido según el arbitrio judicial. Estos aspectos han sido considerados suficientes para descartar cualquier asimilación entre ambas. La discrecionalidad judicial, así como la relación que debe guardar con respecto al caudal económico de quien debe satisfacer la sanción son aspectos desconocidos por el artículo 132 bis de la LCT, cuya cesación depende exclusivamente del cumplimiento de la obligación legal omitida¹⁶. No está orientada a defender el imperium judicial, sino a hacer cumplir al empleador su obligación de depósito de los aportes retenidos.

Otra posición, sostiene que se trataría de un “salario continuatorio”, que se extiende en el tiempo mientras no se cumpla con la obligación pendiente, de forma tal que ante la extinción del contrato de trabajo el legislador impone la subsistencia de los efectos del mismo.

Se rememora así el dispositivo que regía en el antiguo estatuto de los obreros de la construcción, cuyo artículo 3º de la ley 17.258 disponía que mientras la parte patronal no cumpliera con la obligación de entregar la libreta que acreditara el pago de los aportes con destino al fondo de desempleo creado por el artículo 1º

¹⁴ CAPARRÓS Lucas, Opus cit., Pág. 531.

¹⁵ CNAT, Sala V, Expte. N° 47.874/09 Sentencia N° 73105 del 06/05/2011 “Martínez, Sergio Alberto C/Enod SA Y Otro S/Indemnización Art. 132 Bis LCT”.

¹⁶ GÉREZ Oscar R., Revista de Derecho Laboral, Contratación y registración laboral, La Sanción Conminatoria del Artículo 132 Bis de la LCT, Ed. Rubinzal Culzoni, Pág. 372.

de dicha normativa, el contrato de trabajo continuaba vigente, conservando el trabajador el derecho al cobro de los haberes, aunque no cumpliera tarea alguna¹⁷. Sin embargo, la situación no es la misma, ya que seguían devengando salarios que generaban aportes y que no se relacionaban al incumplimiento de la obligación de ingresar aportes, sino con la falta de pago de la indemnización que el trabajador debía percibir por la finalización del contrato.

La Dra. Ferreirós destacó que los "salarios continuatorios", eran utilizados, algunas veces por el legislador, como una suerte de hilo conductor, que se extiende en el tiempo de manera sancionatoria, ante determinados incumplimientos y hasta que se efectivice la extinción de la obligación que se impone en la ley. Achaca al legislador tibieza, ya que no se atrevió a imponer con claridad, salarios continuatorios, porque refiere a "un equivalente", como temerosos de que se pudiera pensar en una prolongación del contrato de trabajo, cuando en realidad esa figura prolonga solo sancionatoriamente, un efecto pecuniario del contrato, que ya no funciona como contraprestación¹⁸. Este salario no constituía una "sanción" adicional, sino más bien una postergación del efecto rescisorio del vínculo laboral hasta tanto la patronal cumpliera con los aportes destinados al citado fondo. Por consiguiente, se ha descartado la asimilación de los "salarios continuatorios" de la ley 17.258 con la sanción prevista en el artículo 132 bis de la LCT.

Se ha señalado a la sanción conminatoria del art. 132 bis, como indemnizaciones de naturaleza represiva¹⁹. Tutelan bienes jurídicos distintos a los concernientes por la ejecución o inejecución del contrato, aunque presupongan su existencia.

¹⁷ CNAT, Sala II, Expte. Nº 8.248/10 Sent. Def. Nº 10.1627 del 08/04/13 "De La Cruz Jorge Daniel C/Editorial Sarmiento S.A. S/Despido", en este fallo la Dra. González señaló que la "sanción conminatoria" del artículo 132 bis L.C.T. no se emparenta con la pretensión de una "condena a futuro", puesto que se trata de una "obligación accesoria de origen legal", que por sus características se podría asimilar a la figura de los "salarios continuatorios" del antiguo régimen de los empleados de la industria de la construcción (artículo 3º Ley Nº 17.258), cuyo devengamiento se extiende hasta el momento en que el empleador infractor acredite eficazmente haber dado cumplimiento con la obligación legal y que en el caso de la sanción del artículo 132 bis es el efectivo ingreso de los aportes retenidos, a los respectivos organismos. Se opera el devengamiento automático de la sanción mientras no se acredite fehacientemente la cancelación de aquella obligación, no existiendo impedimento para condenar en forma indeterminada al pago de sanciones conminatorias hasta el momento de acreditarse el ingreso de los aportes retenidos.

¹⁸ CNAT, Sala VII, "Macoretta, Diego Damian C/ Centralab S.A. S/ Despido", Sentencia Nº 44219, Expte Nº 20561/10, 30/03/2012.

¹⁹ ACKERMAN, Mario, director, opus cit. Pág. 262.

Otros, consideran que estas “sanciones pecuniarias” han sido instituidas por el legislador bajo la matriz conceptual del Derecho disciplinario, que tienen por objeto punir la conducta típicamente antisocial del agente que incumple el mandato legal. La determinación de la naturaleza jurídica de las prestaciones en tratamiento tiene influencia tanto sobre la hermenéutica interna de las normas como sobre el inicio del plazo de prescripción, la transmisión a los sucesores y la admisibilidad del error del agente²⁰.

Seguimos a GÉREZ²¹, en cuanto advertimos que la sanción del artículo 132 bis de la LCT no tiene contornos muy definidos, más allá de su naturaleza represiva que la asemeja a una infracción penal tipificada por una norma laboral que, impide la aplicación analógica de disposiciones referidas a otros institutos.

El objeto de esta norma no es que el trabajador obtenga un resarcimiento, sino castigar al empleador que no dio cumplimiento con las obligaciones contenidas en el plexo legal, razón por la cual se ha justificado el plazo otorgado por el decreto 146/01 de 30 días corridos posteriores a la disolución del vínculo, a fin de que el empleador ingrese los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder a los respectivos organismos recaudadores²².

El art. 132 bis LCT, persigue revertir una costumbre arraigada en las relaciones laborales, la de apropiarse el empleador de parte de la remuneración, utilizando dichos dineros para mejorar la rentabilidad de la empresa o para otras finalidades del empresario. Dado que las retenciones no forman parte del patrimonio del agente de retención, el empleador que retiene y no deposita, retiene indebidamente.

El trabajador no se encuentra legitimado para perseguir judicialmente el ingreso de las retenciones que le fueron efectuadas durante la relación laboral, la ley lo utiliza como un instrumento para detectar este tipo de práctica, mediante el emplazamiento, y establece una penalidad al empresario, las sanciones conminatorias a favor del trabajador, para que se involucre en la lucha contra esta práctica antisocial.

²⁰ ARIAS GIBERT, Enrique, Las Multas en el Contrato de Trabajo, Revista Derecho del Trabajo. Año I, Nº2. Ediciones Infojus, Id SAIJ: DACF120138.

²¹ GÉREZ Oscar R, Opus Cit. Pág. 375.

²² SCJMza, Sala II, “Arce Horacio Armando En J° 32.442 Arce H. A. C/ Javier Nicolás Vega S/ Desp. S/ Inc.”, Sentencia, 9/09/2008, MJ-JU-M-44009-AR|MJJ44009|MJJ44009.

Se trata de cuestiones de naturaleza sancionatoria, indemnizaciones punitivas, orientadas al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito. La reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio económico derivado directamente del ilícito a favor de quien delinquiró. De allí que se procura el desmantelamiento de los efectos del ilícito mediante la implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales inconductas calificadas. Lo contrario importaría aceptar que alguien pueda enriquecerse merced al agravio intencionado o fruto de una grosera negligencia²³.

4. EL INCUMPLIMIENTO TIPIFICADO POR LA NORMA

El incumplimiento tipificado por el art. 132 bis LCT se configura, cuando al momento de la extinción del contrato de trabajo, el empleador no ha ingresado, *total o parcialmente*, los fondos retenidos durante la vigencia de la relación laboral. Comprende tanto los aportes correspondientes a las organizaciones sindicales, mutuales y cooperativas, sean que éstos se originen en normas legales, en convenciones colectivas de trabajo.

El compromiso de pago del trabajador puede resultar del carácter de afiliado a una organización profesional con personería gremial, por ser miembro de una sociedad mutual o una cooperativa o por servicios u otras prestaciones otorgadas por dichas entidades. También incluye los aportes que realiza el trabajador a su obra social y al sistema jubilatorio. Es decir, que la ley ha tratado de abarcar todos aquellos casos en los que los empleadores actúan como agente de retención, esto es, el deber de efectuar retenciones al trabajador e ingresarlas a la orden de los organismos específicos²⁴.

El incumplimiento del empleador en el ingreso de las contribuciones a su cargo, sea para la seguridad social, obra social o seguros de vida, no se encuentra contemplado en la norma, ya que en estos casos no habría omisión dolosa de restituir o entregar dinero que era parte de la remuneración, sino lisa y llanamente

²³ CAPARRÓS Lucas, Opus cit., Pág. 534.

²⁴ SCJMza, Sala II, Expte.N° 92021 caratulado "Araoz F.G. En J° 16.071 Araoz F.G. C/Disco S.A. P/Despido S/Inc.-Cas", Sentencia, 10/11/2008, LS394-098.

un incumplimiento de una obligación legal. La sanción que refiere el art. 132 bis LCT es respecto de la retención de aportes en el sentido estricto de la palabra, es decir, cotizaciones a cargo del trabajador; en cambio ninguna sanción se prevé en la mencionada norma para el empleador que no ingrese las contribuciones a su cargo²⁵. Tampoco existiría retención, en los casos en que se adeudan salarios y el emplazamiento se refiere a dichos periodos impagos.

Se configura, cuando al momento de extinción del contrato de trabajo, el empleador no ha ingresado los aportes retenidos al trabajador durante la vigencia de la relación laboral, con destino a los organismos de seguridad social y sindicales; comprendiendo tanto los aportes correspondientes a los organismos de la seguridad social, como los destinados a las organizaciones sindicales, mutuales y cooperativas, sea que estos se originen en normas legales, en convenciones colectivas de trabajo, que resulten del carácter de afiliado a las asociaciones profesionales con personería gremial, de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o se deban por servicios u otras prestaciones que otorguen dichas entidades²⁶.

Se incluyen en la previsión normativa “cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuvieran obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas, o que resultan de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, respecto de las cuales el empleador debe actuar como sujeto de retención. Se encuentra incluidas respecto de las organizaciones gremiales, las cuotas sindicales, contribuciones de solidaridad, seguros de vida de origen convencional. Respecto de las cooperativas, entendemos que la referencia es respecto de cooperativas de consumo o de vivienda, de seguros, etc., constituidas para brindar servicios o beneficios para sus asociados, pero no comprende los casos de fraude laboral y los anticipos de retornos.

Los aportes retenidos al trabajador, integran la remuneración del trabajador, cuya tenencia momentáneamente se encuentra en manos del empleador, en forma

²⁵ CNAT, Sala IV, Expte. N° 32.109/08, Sentencia N° 95.545, 30/06/2011, “Moure, Gabriel Eduardo C/Sanitor Srl S/Despido”; CNAT Sala IV Expte N° 38.138/2010 Sentencia N° 96.079, 23/2/2012, “Acuña, Demetrio Y Otro C/ Pinturerías Del Pilar Sa Y Otros S/Ley 22.250”.

²⁶ SCJMza, Sala II, Expte. N° 93639 caratulado “Lucero Walter S. En J 34.151 Lucero W.S. C/Milenium Construcciones S.R.L. P/Desp. S/Inc. Cas”, Sentencia, 29/07/2009, LS403-021.

meramente temporal, para ser entregada a un tercero, una organización gremial, mutual, cooperativa, obra social, compañía de seguros, etc., siendo la omisión de realizar el acto debido con el dinero, entregársela a un tercero, lo que configura el ilícito.

La norma no sanciona la falta de ingreso de las contribuciones a cargo del empleador, sino el ilícito de la retención y usufructo de créditos ajenos, violando las obligaciones impuestas como agente de retención²⁷. La intención del legislador no es sancionar al empleador por no haber efectuado los aportes a los distintos organismos de la seguridad social o las respectivas cuotas sociales, sino sancionar su conducta por haber retenido los aportes a su empleado y no haber ingresado a los organismos de referencia, circunstancia ésta que es bien distinta²⁸. No se incluye en el tipo de este ilícito, el pago de obligaciones fiscales, tales como ganancia²⁹.

No sanciona el incumplimiento del deber de diligencia. Conforme al deber de diligencia, siempre que un beneficio laboral o previsional consagrado a favor del trabajador por las leyes o convenios colectivos de trabajo se encuentre condicionado en su otorgamiento a requisitos que deben ser cumplidos por el empleador, éste debe obrar con diligencia, a fin de posibilitar el goce íntegro y oportuno por parte del trabajador de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan.

Dicho deber de diligencia del empleador comprende distintas obligaciones: el registro de la relación ante los organismos públicos, el ingreso de los aportes y contribuciones de la seguridad social y sindicales, la entrega al trabajador de las constancias documentadas de aportes, la expedición de certificado de trabajo y aportes. En el caso del 132 bis constituye una modalidad de defraudación por retención indebida, que se consuma mediante la negativa a restituir, o la no restitución a su debido tiempo de dinero.

²⁷ Primera Cámara Laboral, Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza, Expte. N° 152549, caratulado "Chavero Roberto Pascual C/ Club Sportivo Independiente Rivadavia P/ Despido", Sentencia, 25/10/2017.

²⁸ CNAT, Sala VII, Expte N° 28196/01, Sentencia N° 37.310, 27/2/2004, "Chanampa, Luis C/Chemi, Leonardo Y Otro S/ Despido"; Sala VII Expte N° 50.877/2010 Sentencia N° 44.655 del 18/9/2012 "Aron, María Alejandra C/Telcel SA Y Otros S/ Indemnización Art. 132 bis LCT".

²⁹ RAFFANEGHELLI, Luis, Director, Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, Comentada por Jueces y Juezas de trabajo, T° II, Ed. IJ Editores, Pág.106

Otro de los requisitos para la procedencia de la sanción prevista en el artículo 132 bis de la LCT, es que la deuda que registre el empleador, en concepto de aportes retenidos y no ingresados, sea exigible, de lo contrario, no tendría sentido obligar al trabajador a realizar un requerimiento previo con el objeto de que el empleador cumpla con su obligación. El trabajador puede formular la intimación mientras no se encuentren prescriptas las obligaciones principales a las que la multa del art. 132 bis LCT accede, por lo que la intimación solo podrá formularse útilmente si se realiza con anterioridad a que prescriba el derecho de los organismos destinatarios a obtener compulsivamente el cobro³⁰.

Si la deuda que se le atribuye al empleador frente a los organismos de seguridad social o sindicales, se encontrara cuestionada judicial o administrativamente, a través de los mecanismos legales de impugnación, consideramos que la intimación que pudiera formular el trabajador carecería de efecto, en tanto, no exista el presupuesto básico indispensable para la viabilidad de la sanción, esto es una deuda exigible en concepto de aportes, cuotas o contribuciones solidarias correspondientes a los organismos o entidades respectivas.

Se encuentran legitimados para reclamar estas sanciones, los herederos que hayan entrado en posesión de la herencia del trabajador fallecido, en tanto se los considera continuadores de la persona del causante, incluidos los derechos eventuales que le correspondían al difunto (art. 2337 del Cód. Civ. Y Com.), con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. Los sucesores del trabajador se encuentran legitimados para reclamar el pago de la sanción en la medida en que exista una retención de aportes pertenecientes al causante, la omisión de su ingreso al organismo o entidad correspondiente, que hubiere mediado una intimación anterior por parte del trabajador.

5. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA SANCION

Conforme el art. 1 del decreto 146/2001 que reglamentó el art. 43 de la ley 25345, para que sea procedente la sanción conminatoria, el trabajador deberá

³⁰ CNAT Sala II Expte N° 9.022/2010 Sent. Def. N° 100.179 del 29/2/2012 "Vera, Hugo Alcides C/Bca Bebidas De Calidad Para Argentina Sa S/Indemnización Art. 132 Bis LCT".

previamente intimar al empleador para que, dentro del término de treinta días corridos, contados a partir de la recepción de la intimación fehaciente, ingrese los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder a los organismos recaudadores.

La multa o sanción procede, cuando la relación laboral se ha extinguido “por cualquier causa”, si la relación laboral se encuentre vigente no procede, aun cuando exista retención y no se haya ingresado aporte alguno. Es necesario que el vínculo haya finiquitado, sea por decisión del trabajador, del empleador, de ambos o por causales independientes de la voluntad de las partes.

El decreto reglamentario incorpora como requisito para la procedencia de la sanción la obligación del trabajador de intimar fehacientemente al empleador para que ingrese los aportes retenidos, dentro del plazo de treinta días corridos a contar desde el emplazamiento fehaciente. La reglamentación incurre en un exceso reglamentario³¹, al introducir un recaudo formal no previsto en la norma, sin embargo, fundado en los términos de los considerandos del decreto reglamentario, se ha considerado que cabía dar prioridad a la regularización de los aportes retenidos y no depositados por sobre la aplicación de la referida sanción conminatoria³².

Al priorizar la función moralizadora de la norma, el decreto 146/2001 otorga un plazo de treinta días corridos posteriores a la disolución del vínculo, a fin de que el empleador ingrese los importes indebidamente retenidos con más los intereses correspondientes. El emplazamiento no purga la mora del deudor, sino que establece un plazo en el que, si acuerda con la entidad destinataria de los fondos o cancela los mismos, se libera de las sanciones conminatorias.

Son tres los requisitos a los que se supedita la procedencia de la sanción: *a) el incumplimiento por parte del empleador*, que se configura cuando al tiempo de la extinción de la relación, no ha ingresado los aportes retenidos al trabajador a los organismos destinatarios de los mismos; *y b) la intimación fehaciente del trabajador*, para que en el término de 30 días corridos el empleador regularice la situación, ingresando los aportes retenidos, sus intereses y multas a los

³¹ CNAT, sala VI, 22-12-2005, “Gabriela, Juan C/San Sebastián SA Y Otro”, D. T. 2006-B-1043.

³² SCJMza, Sala II, Expte. N° 89005 caratulado “Monzón Velázquez J.R. En J° 15.594 Monzón Velázquez J.R. C/Mastellone Hnos S.A. P/Despido S/Cas”, Sentencia, 08/10/2007, LS382-071.

organismos de la seguridad social y sindicales respectivos³³, c) *Dicha omisión debe preexistir al momento de producirse la extinción del contrato*³⁴.

Deben verificarse los siguientes extremos para que proceda la sanción conminatoria mensual:

a) *La retención indebida de aportes de los trabajadores con destino a organizaciones sindicales, mutuales, cooperativas, obra social o previsional.*

La acción típica descrita por la norma se materializará mediante un comportamiento complejo del empleador, primero positivo, consistente en la retención de una suma de dinero correspondiente al aporte o cuota a cargo del trabajador, y una conducta omisiva que se configura al no ingresar esos fondos a los organismos con los que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliado a asociaciones profesionales de trabajadores, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades.

La retención debe ser efectuada por el empleador, razón por la cual, cuando dicho comportamiento se imputa a la aseguradora de riesgos del trabajo, que ha retenido sumas de dinero en concepto de aportes y contribuciones en virtud del art. 13 de la ley 24.557, ello no significa que se hubiera subrogado en la figura de la empleadora, y por lo tanto no podrá emplazarse al patrono por dichas retenciones³⁵.

El artículo en examen, no prevé la existencia de un elemento subjetivo, siendo suficiente que el empleador haya retenidos los aportes y luego no los ingresara, pese haber sido emplazado. Se ha pretendido fundar la necesidad de requerir una intencionalidad, señalando que resultaría injusto si se sancionara al empleador en casos de problemas de encuadramiento, donde aquél retiene fondos correspondientes a contribuciones solidarias o cuotas, las que deposita en la cuenta perteneciente a una asociación sindical distinta de la que reclama el

³³ SCJMza, Sala II, Expte. N° 95.263 "Pavés, Marcela Cecilia En J: 17.234 "Pavés Pizarro, Marcela C/ Visor Sa S/ Despido" S/ Inc. Cas." (LS 411-29)

³⁴ CNAT Sala V Expte N° 31.298/07 Sentencia N° 72354 del 10/6/2010 "Pometti, Luis Alberto C/Oracle Argentina Sa S/Despido".

³⁵ CNAT Sala V Expte N° 7.016/09, Sentencia N° 72.931 del 10/2/2011 "Franco, José Eduardo C/ Mapfre Argentina Art Sa S/Cobro De Salarios".

encuadramiento. Este argumento no resulta convincente, ya que en estos casos no procedería la sanción del art. 132bis, atento que las retenciones se realizaron y se aportaron conforme el encuadramiento convencional existente, el que para mudar requiere de una Sentencia Judicial, siendo ello aplicable solo a la cuota sindical y a cuotas de solidaridad.

En cuanto a la invocación de circunstancias excepcionales tendientes a justificar la conducta del empleador, la jurisprudencia hasta el momento ha sido estricta en su valoración. Y ello condice con la naturaleza de los fondos indebidamente retenidos, a su carácter alimentario, ya que son parte del salario del trabajador.

b) Una intimación fehaciente del trabajador para que en el término de treinta días corridos el empleador acuerde o cancele los aportes indebidamente retenidos³⁶.

Dicha intimación deberá ser cursada mediante telegrama colacionado, carta documento, acta notarial o incluso mediante una nota que contenga el reclamo, en tanto exista una constancia de su recepción extendida por el empleador.

La ausencia del emplazamiento expreso, producido luego de extinguida la relación laboral, obsta la posibilidad del reclamo de las sanciones conminatorias, ya que se ha considerado que el propósito de la ley es revertir la evasión fiscal y posibilitar el goce por parte del trabajador de los beneficios a los que se supedita el ingreso de los aportes retenidos³⁷.

En cuanto al contenido del requerimiento, no es necesario que en él se detallen los conceptos retenidos, ni que se indiquen el o los períodos al cual corresponden, pues en definitiva es algo que sólo el empleador puede conocer con exactitud, bastando con que la intimación sea clara en exigir el depósito de los aportes retenidos o el cumplimiento de las obligaciones como agente de retención, respecto al ingreso de los fondos con destino al organismo con el cual se encuentre obligado el trabajador por Ley, Convenio colectivo o contrato.

³⁶ SCJMza, Sala II, Expte. N° 85375 caratulado “Jofré Domingo En J° 36.276 Jofré Domingo C/Oviedo Aldo Cesar P/Despido S/Casación”, Sentencia, 24/09/2007, LS381-210.

³⁷ SCJMza, Sala II, Agüero Cristian Edgardo C/ Ortolan Alejandro David s/ Cas., Sentencia, 11-nov-2009, MJ-JU-M-51961-AR | MJJ51961.

No puede suplirse dicho emplazamiento por la notificación de la demanda que contenga el reclamo de la sanción conminatoria del artículo 132 bis de la LCT, lo cual se ha considerado insuficiente³⁸

Cabe preguntarse, ¿cuál debe ser el plazo en que debe realizar el emplazamiento el trabajador?. El art. 1ro del Decreto 146/2001, no le impone plazo alguno, por lo que debe aplicarse el establecido en el art. 256 de la LCT, plazo de prescripción en el ámbito laboral, que es de orden público. En este caso, acreditado el incumplimiento del deudor, las sanciones conminatorias correrán al finalizar el plazo de treinta días de la intimación fehaciente.

Por lo tanto, el trabajador acreditará que se le ha realizado las retenciones, mediante bono de sueldo y el emplazamiento establecido en el decreto reglamentario 146/2001. No resulta lógico exigirle al trabajador, a quien se le efectuaron los descuentos, según las constancias de su bono de sueldo, que recurra ante los organismos pertinentes para verificar si dichos importes han sido correctamente integrados³⁹. No es exigible que el trabajador demandante explique de qué modo verificó la circunstancia de la falta de depósito de los aportes retenidos⁴⁰, debe cumplimentar la obligación impuesta por la ley de haber emplazado al empleador para que, dentro del término de TREINTA (30) días corridos contados a partir de la recepción de la intimación fehaciente, ingrese los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder, a los respectivos Organismos recaudadores.

c) Dicha omisión debe preexistir al momento de producirse la extinción del contrato. El art. 132bis LCT, identifica como ilicitud a la retención de aportes, cuotas y contribuciones, vigente en forma parcial o total al tiempo de la extinción del vínculo. De modo que la conducta objetada, sólo se perfecciona si la misma se mantiene al egreso, por la falta de perfeccionamiento del ingreso de las sumas

³⁸ CNAT, sala VI, 17-7-2003, "FLORES, Beatriz C/Prestaciones Médicas Asistenciales Sa Y Otros", D. L. E., Errepar, Nº 220, diciembre de 2003, p. 1202, sum. 182. Con los votos de los vocales Juan Carlos Fernández Madrid y Horacio Héctor De La Fuente, se confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior, al inclinarse por la postura de que la notificación de la demanda no constituye la "intimación fehaciente" a la que alude la norma, no encontrándose justificado el derecho que se reclamaba.

³⁹ SCJMza, Sala II, Arce Horacio Armando En Jº 32.442 Arce H. A. C/ Javier Nicolás Vega S/ Desp. S/ Inc, Sentencia, 9/12/2008, MJ-JU-M-44009-AR|MJJ44009|MJJ44009.

⁴⁰ CNAT, Sala II, Expte Nº 23.851/06 Sentencia Nº 95.495, 28/12/2007, "Ruiz, José Armando C/Empresa Almirante Guillermo Brown SRL S/ Indemnización Art. 132BIS LCT"; Sala II Expte Nº 13.224/07 Sentencia Nº 95.776, 23/5/2008, "Ferrito Mordillo, Matías Emmanuel C/G.Watch SRL S/Despido".

retenidas⁴¹. La relación laboral debe encontrarse extinguida, por cualquier causa, al momento de realizar el emplazamiento, ya que de hallarse vigente a la fecha en que se produjo la intimación el reclamo será improcedente⁴².

6. LA RETENCIÓN DE APORTES, EMPLEO NO REGISTRADO Y ESTUTOS ESPECIALES

En los casos de empleo clandestino, no corresponde la intimación del art. 132 bis, ya que no existe retención de parte del salario. No cabe dudas que, el empleador en estos casos incurre en un grave incumplimiento de sus obligaciones con el trabajador y la sociedad en general, sin embargo, no se da el elemento fundamental de este tipo que es la retención. En el trabajo no registrado, el empleador no actúa como agente de retención, abona al trabajador en forma directa un determinado importe, que lo imputa al salario sin efectuarle ningún descuento, no existiendo registro del contrato o del pago realizado.

El art. 132 bis LCT sanciona la retención indebida de aportes correspondientes a la seguridad social o sindicales y no el empleo en negro, que se encuentra sancionado por otras leyes, tales como la 24013 y la 25323.

No corresponde la imposición de la sanción establecida en el art. 132 bis de la LCT cuando se trata de un caso de "clandestinización total" de la relación laboral, por lo que en estos casos no se ha materializado constancia alguna de retención por aportes por parte de la empleadora⁴³. Tampoco, en los casos de una relación laboral que se mantuvo "parcialmente en negro", esto es, que no se efectuaron aportes ni contribuciones sobre la parte abonada en forma clandestina, ya que no existiría retención alguna, por lo que no puede aplicarse este dispositivo⁴⁴.

⁴¹ CNAT Sala III Expte N° 32.881/07 Sentencia N° 93.253 del 15/10/2012 "Samaniego, Alberto C/Segurus Srl Y Otro S/Despido".

⁴² CNAT Sala IV Expte. N° 28.469/2010 Sentencia N° 97.633 del 18/02/2014 "Núñez, Sergio Hernán C/Madejo SA Y Otros S/Despido".

⁴³ CNAT, Sala II Expte N° 4637/01, Sentencia N° 89.968, 30/11/2001 "Crego Bonhomme, Fátima C/ Costanza, Carmen S/ Despido"; Sala IV, Expte N° 35.881/07, Sentencia N° 94.340, 30/9/2009 "Barbieri, Daniel Omar C/Alaned Sa S/Despido"; CNAT, Sala VII, Expte. N° 22.252/07, Sentencia N° 41.158, 29/08/2008, "Schmalz, Virginia Luján C/Olmos, Hugo Ricardo S/Despido".

⁴⁴ CNAT, Sala X, Expte N° 21.026/08, Sentencia N° 20.212, 31/8/2012, "Tolozza, Mario Ricardo C/López, Liliana Beatriz S/Despido"; Sala X, Expte N° 51.461/2010, Sentencia N° 20.530, 27/11/2012, "Pietropablo, Verónica Mabel C/Todofarma Sa Y Otros S/Despido".

El ingreso en las cuentas recaudadoras de sumas inferiores a las que correspondían por errores de cálculo tampoco dispararía la sanción. En estos casos, si el importe retenido coincide con el ingresado, no cabría reproche, ya que el supuesto de la norma es que “por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente”, los importes retenidos a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados. Ahora bien, en el supuesto de que los fondos ingresados resultan inferiores a los retenidos, en estos casos se activaría la sanción prevista en la norma.

Respecto a su aplicación en los casos de Estatutos Especiales, como es el caso de la Construcción o del peón agrario, en este sentido se ha resuelto que “toda vez que la sanción conminatoria del art. 132 bis de la L.C.T. tiene como finalidad sancionar al empleador que no cumplió con la obligación de ingresar los montos descontados de los sueldos de sus trabajadores con destino a los organismos de seguridad social y otros, corresponde aplicarla aun cuando la relación laboral se desarrolló en el ámbito de la industria de la construcción, pues se refiere a aspectos de la relación laboral no contemplados en el régimen especial, ya que se trata de una obligación que no se relaciona con la estabilidad del trabajador y la pérdida del empleo, sino con los compromisos derivados del deber de diligencia del empleador (arts. 79 y 80 L.C.T.), razón por la cual, la misma resulta compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad del presente régimen jurídico específico (arts. 35 Ley 22.250 y art. 2 L.C.T.)⁴⁵.

Distinto resulta el caso de las empleadas de casas particulares, en que el sistema previsional no se funda en retenciones patronales, sino en contribuciones⁴⁶

En lo referido a la actividad regulada por algún estatuto en particular (v. gr., el de viajantes de comercio), tampoco existiría impedimento para aplicar la norma en tanto la relación de trabajo genere la obligación de retener algún aporte o contribución a cargo del dependiente y el empleador omita el depósito.

7. EL MONTO DE LA SANCIÓN Y SU EXTENSIÓN TEMPORAL

⁴⁵ Séptima Cámara Laboral, Primera Circunscripción de Mendoza, Expte. N° 7.296, caratulado: “Cruces Sepulveda Jaime Javier C. Yesoblokc S.A. P/ Diferencias Salariales”, Sentencia, 16/05/2014.

⁴⁶ RAFFANEGHELLI, Luis, Director, Opus Cit. Pág.108.

Conforme prevé el art. 132 bis LCT, la sanción conminatoria mensual es “equivalente a la remuneración que se devenga mensualmente a favor del trabajador al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos”.

A fin de disipar las dudas que pudiera generar la determinación del salario a considerar, el párr. 2 del art. 1 del decreto 146/2001 dispuso que “el trabajador tendrá derecho a percibir, en concepto de sanción conminatoria mensual, el equivalente a la última remuneración mensual devengada a su favor. Las remuneraciones en especie deben ser cuantificadas en dinero”.

Al utilizar el término devengada, la remuneración que se utiliza como cálculo es la que habría correspondido percibir al trabajador en el mes que finalizó el emplazamiento establecido en el decreto reglamentario. Este importe equivale a la última remuneración mensual devengada por el trabajador, compuesta por los pagos en dinero y en especie (artículo 105 LCT)⁴⁷.

El importe de la sanción conminatoria mensual se compone tanto por los pagos en dinero y en especie, y se extiende desde el vencimiento del plazo de treinta días contenidos en la intimación cursada por el trabajador en los términos del art. 1 del Decreto 146/2001, hasta que el empleador acredite el efectivo ingreso de los aportes retenidos sus intereses y multas.

Para calcular su importe sólo deben computarse los ítems remunerativos, excluyéndose los que no revistan tal carácter (v. gr., beneficios sociales) y en cuanto a las prestaciones en especie deberán ser cuantificadas, según lo establece el decreto reglamentario 146/2001. Cabe señalar, que el importe a percibir por el trabajador es equivalente a la última remuneración devengada, a la que no debe realizarse descuentos por pago de aportes y contribuciones de la seguridad social, ya que no es remuneración, no es contraprestación de trabajo o retribución de la actividad.

⁴⁷ SCJMza Sala II, Expte.: 109051 - ferreira juan carlos en j39535 juan carlos c/transporte san francisco sa p/diferencias salariales p/rec. ex. de inc, 05/03/2015, Sentencia, LS476-229.).

Respecto a la extensión en el tiempo de esta sanción, es frecuente encontrar distintas opiniones.

Indudablemente, conforme la norma, hasta tanto no se hubieran cancelado las deudas existentes en virtud de las retenciones, con sus intereses y multas, continúan devengándose inclusive con posterioridad al dictado de la Sentencia.

Conforme otra interpretación, la condena llegaría hasta el momento de dictarse la sentencia, aun cuando no se hayan hecho los depósitos. Se ha considerado que, mediante una incidencia de hecho nuevo, se modifique la demanda incluyendo las nuevas sanciones devengadas hasta el momento de alegar y dictar sentencia⁴⁸.

Respecto a las sanciones posteriores al dictado de la sentencia, podría iniciar un nuevo reclamo por los períodos pendientes⁴⁹.

Adelanto que me enrolo en esta última posición. La sentencia es el acto más importante de la función jurisdiccional, constituye el punto culminante de todo proceso, que consiste en aplicar el derecho al caso sometido a la consideración del juez, constituye el resultado entre la acción intentada, que da satisfacción en su caso a la pretensión del juicio. Constituye la resolución de la litis planteada sometida a la consideración del juez, dictada la misma, el juez pierde competencia para modificar los términos de la misma.

Se ha precisado jurisprudencialmente que, la sanción debe calcularse hasta el mes anterior al que corresponde al dictado de la sentencia de primera instancia, fundando tal criterio, en nuestro ordenamiento procesal no es admisible la "condena de futuro" en un supuesto como el analizado. En efecto, la condena debe limitarse a los períodos precedentemente indicados, porque la competencia del Tribunal está limitada a juzgar conflictos de derecho derivados de hechos acaecidos hasta el dictado de la sentencia de grado y no de los que han de acontecer en el futuro. La denominada condena de futuro, sólo procede en los casos en que se encuentra pendiente un plazo convencionalmente pactado. Se trata de un instituto previsto para cierto tipo de pretensiones (como, por ejemplo, la restitución de un bien locado). Anticipadamente no es posible establecer con exactitud el contenido de la ejecución, no hay posibilidad de condena de futuro; y,

⁴⁸ RAFFANEGHELLI, Luis, Director, Opus Cit. Pág.117.

⁴⁹ Esta posición fue sostenida por la Dra. Estela Ferreirós en la causa "Macoretta, Diego Damián C/Centralab S.A. S/Despido". CNAT, Sala VII, Expte. Nº 20.561/10 Sent. Def. Nº 44.219 del 30/03/12 .

dado que en nuestra legislación procesal no existe una disposición legal expresa que la prevea independientemente del desalojo, no cabe duda que la institución no puede extenderse con carácter general a otras situaciones no contempladas. Por los periodos posteriores al momento de dictar sentencia, deberá interponerse una nueva demanda, de lo contrario podría implicar violación de la garantía de defensa de la parte demandada⁵⁰.

Habiéndose declarado la quiebra de la empresa, no es procedente el pago de la multa prevista en el artículo 132 bis, ya que ésta queda inhibida de efectuar pagos (conf. artículos 88 y 107, Ley N° 24.522), por lo que no resulta factible sancionar a la empleadora por un incumplimiento a sus obligaciones que, por otras disposiciones expresas, legalmente estaba impedida de realizar. La imposibilidad de pago viene impuesta normativamente⁵¹.

8. LA EXHIBICIÓN DE LOS COMPROBANTES EN JUICIO

La sanción conminatoria mensual cesa cuando el empleador acredita el efectivo ingreso de los fondos retenidos a los organismos recaudadores específicos. Si ello ocurre durante la sustanciación del juicio, la condena debería limitarse a los salarios devengados desde el vencimiento de la intimación cursada en los términos del art. 1 del decreto 146/20014 hasta la acreditación de ingreso de los fondos a los respectivos organismos.

Cabe señalar que, acreditado el ingreso de dichos fondos, no se produce la extinción de las sanciones que se hubieran devengado desde el cumplimiento del plazo del emplazamiento hasta el efectivo cumplimiento de la obligación.

No basta la presentación de acuerdos de planes de pago o facilidades, debe acreditarse su cumplimiento. En este sentido se ha resuelto "Si bien es cierto que el acogimiento por parte del empleador a una moratoria para el ingreso de los aportes retenidos y no ingresados implica el reconocimiento de la deuda y

⁵⁰ CNAT, Sala II, Sentencia Definitiva N° 113.391, Expediente N° 9.602/15, "Ledesma, Omar C/Proyectos Y Servicios Constructora S.A. Y Otros S/Ley N° 22.250".

⁵¹ CNAT, Sala X, Expte. N° 25.621/07 Sentencia N° 20.139 del 17/08/12 "Marcial José Hugo C/Marta Harff S.A. Y Otros S/Despido".

también la voluntad de regularizar esa situación, no lo es menos que debe acreditarse el cumplimiento de los planes de regularización de que se trate”⁵².

¿Basta acreditar la celebración de un convenio de pago para liberarse de la sanción?, Entendemos que no, debe justificar el cumplimiento en el pago de las cuotas. Se ha interrogado Favier⁵³ si ¿podría solicitarse la aplicación de otras sanciones conminatorias, como por ejemplo las astreintes del Código Civil, en el caso de que durante proceso dejara de pagar el convenio?. La autora, propone la respuesta afirmativa, ya que entiende que el tribunal está en condiciones de solicitar, si las partes no lo han pedido o previsto, prueba informativa, o en la misma pericial contable para que se diga si se encuentra vigente el plan de facilidades que denuncia el empleador y en el caso de que el mismo se encuentre caduco, se condene en la sentencia al pago de astreintes hasta que acredite en forma fehaciente haberse puesto al día. Cabe acotar que en este supuesto la sanción conminatoria, en virtud del art. 804 del CCCN podría ser reducida o dejada sin efecto por el juez, ya que no es el instituto del art. 132 bis de la LCT.

Dada la variedad de finalidades que el trabajador puede disponer de su salario, ya sea para su entidad sindical, mutual, obra social, cooperativa, la presentación de planes de facilidades o moratorias con la AFIP, carecen de entidad para liberar al empleador de las sanciones conminatorias. Resulta de importancia examinar el emplazamiento realizado en los términos de la norma reglamentaria, ya que, si el mismo hace referencia a los aportes a la cuota sindical o contribución, seguro de vida convencional, mutual o cooperativa, incluso obra social, los planes de facilidades o moratorias con la AFIP, son ajenos a dichas entidades, los acuerdos que debería presentar deberían ser con la entidad sindical, de la mutual, cooperativo u obra social. Pero insistimos, no solo el acuerdo, sino que debe justificar que se encuentra cumpliéndolo.

9. ARGUMENTOS POR MEDIO DE LOS CUALES SE HA RECHAZADO SU APLICACIÓN

⁵² CNAT, Sala V, Calero, Karina Ester Vs. Delrosarito S.R.L. Y Otros S. Despido, 08/07/2021; RC J 3868/21.

⁵³ FAVIER, Daniela, La Sanción conminatoria del artículo 132 bis de la LCT, Análisis Jurisprudencial De Temas Fundamentales del Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal- Culzoni, Pág. 48.

Conviene en este punto señalar que el art. 132 bis LCT no es inconstitucional, ya que el mismo no guarda ningún tipo de contradicción alguna con la Constitución Nacional, establece una sanción en razón de una conducta del empleador. La retención de aportes y su falta de depósito, no es sólo una falta ante los organismos fiscales y previsionales o sindicales, sino también un incumplimiento obligacional contra el trabajador, toda vez que el art. 80 LCT expresamente establece esa conducta como obligación del empleador⁵⁴, y como ya vimos al deber de diligencia.

Esta sanción no afecta el derecho de propiedad, atento que dicho derecho consagrado en el art. 17 CN, no está dirigida a proteger las consecuencias emergentes de los propios incumplimientos contractuales. Aun cuando el importe de la sanción en cuestión pueda no guardar estricta proporción con el monto de los aportes, ello no implica que la norma pueda ser objetable constitucionalmente. El dispositivo legal en cuestión no tiene un objetivo resarcitorio (indemnización), sino que es claramente represivo ante un incumplimiento de suma gravedad⁵⁵.

La sanción conminatoria mensual consagrada por el artículo 132 bis de la LCT, tiene por objeto lograr que el empleador ingrese los fondos que indebidamente hubiera retenido con destino a la seguridad social, obras sociales o entidades sindicales. En razón de ello, su naturaleza jurídica *no es remuneratoria* (no obedece al trabajo realizado o prometido en virtud del contrato) *ni indemnizatoria* (es independiente de los daños causados al trabajador). Se trata de una sanción, de monto similar al salario, que se devenga con igual periodicidad que el mismo, hasta que el empleador acredite el efectivo ingreso de los aportes retenidos con intereses y multas a los organismos correspondientes.

Argumentos por los que se ha rechazado:

⁵⁴ CNAT, Sala VI, Expte N° 2185/03 Sent. Def. N° 57.140 del 4/5/2004 "Ralde Quisbert, Reynaldo y Otro C/ Bopp, Nilda S7 Despido". Idem, CNAT Sala II Expte N° 31.777/2011 Sentencia N° 102.788 del 27/02/2014 "Varone, Analía Carolina C/La Gota Farmacéutica SRL Y Otro S/Despido"

⁵⁵ CNAT Sala II Expte. N° 16.454/06 Sentencia N° 95.811 del 4/6/2008 "Zapata, Griselda Elizabeth C/Obra Social Bancaria Argentina S/Despido". En el mismo sentido, Sala IV Expte N° 4486/2011 Sentencia N° 98.671 del 27/2/2015 "Cavaleri, Miguel Ángel C/Dalflex SRL S/Despido" y Sala X Expte N° 47.573/2011/CA1 Sentencia N°24.696 del 11/02/2016 "Sartori, Cecilia Loreley C/Fundación Favalaro Para La Docencia E Investigación Médica S/Despido".

a) *No haber acreditado la omisión de depósito de las sumas retenidas*⁵⁶. Se ha sostenido el rechazo de la sanción, por considerar que corresponde al trabajador acreditar que el principal le retuvo aportes con destino a los organismos de la seguridad social y que no fueron depositados, solo cuando se haya acreditado tal circunstancia, pesa sobre el empleador demostrar el oportuno ingreso de los fondos a las agencias respectivas⁵⁷.

Si el demandante, no acredita que mediaron retenciones de los aportes y que las sumas no fueron depositadas, no se habría comprobado la conducta punida por la norma⁵⁸.

Este argumento carece de sustento en la norma, la cual impone al trabajador solo la carga de emplazar a su empleador a cancelar las deudas generadas por su incumplimiento.

El trabajador no tiene necesidad al intimar, de señalar en forma concreta los importes retenidos que se encontraran adeudados al tiempo de operarse la extinción y por el plazo allí indicado, la reglamentación utiliza una formula abierta que involucra a los importes adeudados, con más los intereses y multas “que pudieren corresponder”, y lo cierto es que tales datos necesariamente son de conocimiento de la obligada incumplidora, por lo que exigir tal precisión al trabajador, además de no surgir de la letra de la ley -ni de su espíritu-, se advierte a todas luces superfluo e irrazonable⁵⁹.

Señalamos entre los caracteres de estas sanciones que, la existencia del daño es indiferente y que no responde a la lógica contractual, razón por la cual carece de importancia los importes adeudados, el monto total apropiado o la cantidad de veces que ingresó los fondos retenidos, la norma para activarse solo requiere la retención y apropiación.

⁵⁶ CNAT Sala II Expte N° 5.278/06 Sentencia N° 95.200 del 30/8/2007 “Núñez, Juan Carlos C/Videla, Angélica Graciela S/Despido”; Sala IV Expte N° 2.257/07 Sentencia N° 94.491 del 4/2/2010 “Ríos, Roberto Carlos C/Coto Cicsa S/Despido”.

⁵⁷ CNAT Sala X Expte N° 13679/01 Sentencia N° 11.429 del 13/2/2003 “SA, Edgardo C/ Obra Social de La Unión Obrera Metalúrgica De La República Argentina S/ Despido”.

⁵⁸ CNAT Sala II Expte. N° 17.239/07 Sentencia N° 96.437 del 27/02/2009 “Pere, Susana Mariel C/Servicios Horizonte Sa S/Despido”.

⁵⁹ CNAT, Sala II, “Zurita Torrez, María Del Carmen Vs. Compañía Argentina De La Indumentaria S.A. S. Despido”, Sentencia, 18/03/2022; RC J 1701/22. En este caso, se revocó la sentencia recurrida en cuanto señaló que la normativa en análisis debía ser interpretada restrictivamente y que, por tanto, al intimar debían indicarse los períodos e importes involucrados en el incumplimiento, por lo que se hizo lugar a la sanción conminatoria prevista en el art. 132 bis, LCT.

Tampoco se puede exigir al trabajador que acredite el incumplimiento de la obligación de ingresar los fondos retenidos por parte de su patrono, o que ingresó montos inferiores, es el empleador quien está obligado, en virtud del deber de diligencia, y quien, en virtud de la intimación fehaciente, debió acreditar el ingreso de los fondos en los organismos correspondientes, en definitiva, que actuó diligentemente.

Por otra parte, no resulta lógico exigirle al trabajador, a quien se le efectuaron los descuentos, según las constancias de su bono de sueldo, que recurra ante los organismos pertinentes para verificar si dichos importes han sido correctamente integrados⁶⁰. De lo contrario se estaría avalando conductas indebidas del empresario en perjuicio de sus empleados, reñidas con los principios que deben regir toda relación laboral y con uno de los principios básicos del derecho laboral, es decir con su naturaleza protectora de los derechos del trabajador⁶¹.

La Ley de Contrato de trabajo impone, en los artículos 79 y 80, al empleador la carga de cumplir con las obligaciones que resulten de la ley, estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, imponiéndole la obligación de ingresar los fondos retenidos como agente de retención, debiendo dar al trabajador constancia documentada de ello. Es el empleador quien cuenta con los elementos que justifican el cumplimiento de esta carga, el que se encuentra en mejores condiciones para acreditar el ingreso de los fondos.

En este sentido la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, ha señalado que no corresponde imponer al trabajador al cual se le efectuaron los descuentos, la carga de probar la indebida retención por parte del empleador de recursos previsionales y sindicales, toda vez que lo contrario importaría avalar aquellas conductas seguidas por un empresario en perjuicio de sus empleados y que se

⁶⁰ CNAT Sala II Expte N° 23.851/06 Sentencia N° 95.495 del 28/12/2007 "Ruiz, José Armando C/Empresa Almirante Guillermo Brown Srl S/ Indemnización Art. 132BIS LCT", idem Sala II Expte N° 13.224/07 Sentencia N° 95.776 del 23/5/2008 "Ferrito Mordillo, Matías Emmanuel C/G.Watch SRL S/Despido. Se consideró que la falta de depósito de los aportes retenidos es un hecho ordinario que cae dentro de la presunción del art. 71 LO y por lo tanto no resulta exigible al demandante que explique de qué modo verificó tal circunstancia.

⁶¹ SCJMza, Sala II, Expte. N° 92021, Araoz F.G. EN J° 16.071 Araoz F.G. C/Disco S.A. P/Despido S/Inc.-Cas, Sentencia, 10/11/2008, LS394- 098)

encuentran reñidas con los principios que deben regir toda relación laboral y con la naturaleza protectora de los derechos del trabajador⁶².

b) Falta de precisión de los periodos supuestamente retenidos y no depositados. Se ha resuelto que el art. 132 bis LCT, en la medida que establece una sanción de carácter penal, debe interpretarse con carácter restrictivo y sólo puede considerarse procedente el reclamo de su aplicación en los casos en que se demuestre cabalmente la configuración de la conducta tipificada como ilícita, por lo que el trabajador debe precisar los periodos en que el empleador retuvo aportes y no los depositó⁶³.

Dada la variedad de aportes que puede realizar el trabajador, que son materia de retención por parte del empleador, entendemos que el emplazamiento debe señalar las retenciones realizadas, correspondiendo al empleador acreditar de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos, siendo la única obligación formal del trabajador cumplir con el emplazamiento previsto en el decreto 146/01. Es decir, el emplazamiento se debe limitar a señalar los rubros que son objeto de retención y respecto de las cuales el empleador debe informar. En este punto, conviene tener presente que las retenciones que efectúa el patrono, las realiza sobre la totalidad de las remuneraciones de sus trabajadores, y si bien en los bonos de sueldo se reflejan en forma individual, se ingresan a las cuentas sindicales, a la seguridad social, a la obra social, montos de dinero calculados sobre el total de la masa salarial.

Las entidades sindicales y obras sociales, no poseen una cuenta individual por cada trabajador, donde consignan el importe aportado. Las cuentas recaudadoras reciben el importe que corresponde a toda la masa salarial de la empresa, la cual ingresa los fondos mediante una declaración jurada, conforme el formulario de la AFIP 931 o boletas suministradas por los sindicatos para el pago (ej para el pago de cuota sindical o seguro de vida convencional). Así, las asociaciones sindicales solo pueden informarle al trabajador, si la empresa ha efectuado depósitos o no, pero carece la información respecto de lo aportado por cada afiliado o no afiliado.

⁶² SCJMza, Sala II, Expte. N° 77.581, caratulada "Szczypski, Ramón D. En J° 11.574 "Szczypski, R. D. C/ Burini V. M. P/ Desp. S/ Inc. Cas.".

⁶³ CNAT Sala II Expte N° 36.383/2010 Sentencia N° 100.479 del 8/5/2012 "Huanca Aricoma, Eduardo C/General Tomás Guido Sa S/Despido".

Por lo que no pueden informar a un trabajador el monto retenido, el interés devengado y multas aplicadas. Las organizaciones gremiales para conocer los importes retenidos, o comprobar que los montos depositados coinciden con los retenidos, deben realizar una inspección en los términos de la Ley 24.642, los que calcula sobre la masa salarial y no por asalariado, y solo entonces, finalizado el procedimiento administrativo establecido en la ley, conocer el monto, intereses y multas que adeuda la empresa.

Si bien se depositan a través de la AFIP los aportes de obra social, ésta no se encuentra facultada para realizar convenios de pago por las deudas que se hubieran generado, por lo que de presentar planes de pago realizados con la AFIP, solo alcanzarían a los jubilatorios, ya que solo las obras sociales se encuentran facultadas para realizar acuerdos.

En otras palabras, cuando se informa que la empresa no ingresa los fondos retenidos, el incumplimiento no es solo del trabajador que emplazó, es de todos sus trabajadores. Así que, pretender que individualice los montos adeudados por el empleador, resulta una tarea de imposible ejecución. Las entidades pueden informar los periodos que el empleador adeuda, pero no el importe individual respecto a cada afiliado. Dado que el ingreso de los fondos debe ser con los intereses y multas que se hubieran generado, tampoco tendrán acceso a dicha información en forma individual. Por lo tanto, constituyen exigencias de cumplimiento imposible para el trabajador.

En definitiva, conforme el texto legal, corresponde al empleador emplazado en los términos del art. 132 bis acreditar fehacientemente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos, no solo por que así lo indica la norma, sino que también es el que se encuentra en mejores condiciones de justificar el cumplimiento de dicha obligación.

c) Por resultar irrazonable, en tanto no guarda proporción alguna el incumplimiento que se penaliza con la magnitud de la penalidad impuesta.

Considera que el castigo no resulta proporcional a su gravedad. Este argumento, en realidad se sustenta en la ausencia en la norma de la facultad del juez para

reducirla o dejarla sin efecto, a una ausencia absoluta de flexibilidad en su aplicación⁶⁴.

Consideran desproporcionado pretender el cobro de una multa extra, cuya única finalidad es, evitar la evasión fiscal y lograr que el empleador realice efectivamente los depósitos correspondientes al sistema previsional y sindical. Sin embargo, tal como hemos señalado ut supra, la sanción no guarda relación con los importes retenidos al trabajador individual, sino con el comportamiento antisocial del empleador que, se apropia de fondos de sus trabajadores que tienen un destino específico, afín a los intereses los asalariados, tales como el cuidado de su salud, mantenimiento de la organización gremial a la que pertenece, seguro de vida, jubilación, vivienda, etc.

Invocan el principio de proporcionalidad para desconocer la aplicación de la norma, sostienen que debe existir una adecuación entre la sanción o pena con la falta cometida, y sobre esta base rechazan la sanción conminatoria. En este caso, vinculan la falta solo respecto al trabajador individual, desconociendo la verdadera magnitud de accionar empresario.

Como hemos señalado ut supra, cuando un trabajador detecta que sus aportes retenidos no fueron ingresados a las entidades, lo que en realidad ocurrió es que la empresa se apropió de una parte de los salarios de todos sus trabajadores. Como ya señalamos, es la punta del iceberg, dependiendo de la cantidad de trabajadores que tenga la empresa, el monto indebidamente retenido por el empresario puede ser desproporcionado respecto a los importes de las sanciones conminatorias, un salario comparado a la conducta reincidente de apropiarse los aportes de todos los trabajadores de la empresa?. Como ya establecimos, esta sanción no es de naturaleza contractual ni reparatoria, por lo que no carece de importancia la magnitud de los importes retenidos al trabajador individual o los meses en que haya realizado dicha maniobra, la finalidad de la norma es sancionatoria y disuasiva.

El costo social que provoca el ilícito, es mayor al daño individual que le ocasiona al perjudicado. Nos encontramos con una conducta ilícita que produce lesiones en

⁶⁴ CNAT Sala I Expte Nº 28.743/06, Sentencia Nº 96.364 del 9/02/2011, “Galván, Lorena Catalina C/Best Quality SS Y Otros S/Indemnización Art. 132 BIS LCT”.

el tejido social, con capacidad para afectar a muchas personas, en distintos lugares y momentos. La sanción establecida en la norma cumple una función disuasiva, permitiendo prevenir conductas antijurídicas semejantes, frente al temor de la sanción.

La proporcionalidad debe explicarse no respecto a las sumas individualmente consideradas y la multa a abonar como consecuencia de la conducta ilícita, sino del daño realizado al sistema de salud y de bienestar que proporcionan las organizaciones que brindan servicios y contención a los trabajadores.

Si la norma busca erradicar la apropiación indebida de las sumas de dinero retenidas por el empleador, teniendo en cuenta que las mismas se corresponden a todos sus trabajadores, que en definitiva son los perjudicados, la supuesta proporcionalidad debe establecerse con estos parámetros, de lo contrario la finalidad de la norma se ve neutralizada.

Como ya señalamos, estas objeciones en realidad se anclan en la ausencia de la norma de la posibilidad del juez de morigerar las sanciones.

10. FACULTAD DE REDUCIR LAS SANCIONES PECUNIARIAS A PARTIR DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial, no receptó el instituto de los daños punitivos, como contemplaba el anteproyecto, sin embargo, mantuvo la regulación de la punición excesiva. La comisión consideró que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión de los daños punitivos, y resulta aplicable a otras sanciones civiles, como las conminatorias (reguladas en el art. 804 ccyc), y la regulación expresa de la ley 24.240 en materia de sanciones disuasivas (art. 52 bis) y creemos, siguiendo a Caparrós⁶⁵ a las sanciones del art. 132 bis de la LCT. Asimismo, también quedan comprendidas las eventuales penas pecuniarias que se impongan al agente, en el ámbito específico del poder punitivo⁶⁶.

⁶⁵ CAPARRÓS, Lucas, La logomaquia en torno de la sanción establecida en el artículo 132 bis de la LCT. Una figura atípica, de tipicidad sobreviniente, Revista de Derecho Laboral, Las indemnizaciones laborales, Tomo: 2022 - 1, Ed. Rubinzal - Culzoni, Pág. 540.

⁶⁶ HERRERA Marisa, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T.IV, Infojus, 2015, Pág. 417.

Los artículos 1714 y 1715 del CCC establecen las facultades judiciales para reducir el monto de condenaciones pecuniarias que debe afrontar el obligado al pago, en caso de que la acumulación de las condenaciones de distinta naturaleza (civil, administrativa, penal, laboral) las torne irrazonables o abusivas.

La sanción del art. 132 bis, caracterizada como una condenación pecuniaria de naturaleza punitiva, con la característica de que se encuentra tipificada y tarifada, encuentra la posibilidad de morigerarse por aplicación de las normas citadas del Código Civil y Comercial.

La multa, resultará excesiva cuando, en el singular proceso en el que se la aplica, exorbita o rebasa el quantum que la finalidad de la sanción, a fin de disuadir a conductas futuras.

La penalidad debe alcanzar un monto tal que resulte efectiva, no solo en su finalidad punitiva sino también disuasiva, siendo este su límite.

Si la aplicación de condenaciones pecuniarias laborales respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo, justificando que las mismas alcance una entidad suficiente para que cumpla su finalidad la ley. En tal supuesto de excepción, el juez puede morigerar la medida. Se procura que el dañador no vuelva a dañar y que la sanción pecuniaria tenga efectos ejemplificadores respecto de terceros.

La sanción pecuniaria disuasiva consiste en adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Los artículos 1714 y 1715 otorgan a los jueces una facultad correctora o morigeradora de eventuales excesos en la punición, sea de obligaciones legales o convencionales o en cuestiones de la responsabilidad civil.

La finalidad de los actuales artículos 1714 y 1715 se emplaza en la reafirmación de las facultades judiciales de morigeración o reducción de obligaciones excesivas o abusivas, de fuente legal o convencional⁶⁷. Puede inferirse que la finalidad de los actuales artículos 1714 y 1715 se emplaza en la reafirmación de

⁶⁷ CAPARRÓS, Lucas, Opus Cit., Pág. 540.

las facultades judiciales de morigeración o reducción de obligaciones excesivas o abusivas, de fuente legal o convencional”⁶⁸.

Ahora bien, ¿cuales han de ser los elementos a tener en cuenta por el juzgador a la hora de determinar si la sanción es excesiva?. Varios son los elementos a considerar, la gravedad de la conducta del sancionado, los intereses difusos afectados, los beneficios que obtuvo o pudo haber obtenido con su maniobra, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, entre otros.

Finalmente, debemos interrogarnos ¿Hasta dónde puede el magistrado limitar las sanciones?. El límite infranqueable para la morigeración de la sanción es la eliminación de su función disuasiva, ya que se estaría procurando impunidad por el hecho antijurídico. En este último caso, involuntariamente, el juzgador se transforma en garante de que esta práctica antijurídica prosiga gozando de buena salud, para que nada cambie.

11. COLOFON

A pesar del tiempo transcurrido, la finalidad perseguida por la norma permanece vigente, ya que la situación no ha cambiado. Es evidente que, una de las razones por las cuales no surtió el efecto deseado se debió a la imposibilidad de morigerar la sanción por parte de los magistrados, la que en muchos casos consideraron excesiva y desproporcionada. Este ha sido uno de los grandes obstáculos para que estas sanciones sirvieran como elemento disuasivo, amén de su aspecto punitivo. No deja de sorprender, sin embargo, que el aumento del monto de la sanción, en definitiva, era provocada por el empresario al negarse a cumplir con la obligación de ingresar los fondos retenidos, por lo que se estaría premiando, al liberarlo de la sanción, de las consecuencias de su accionar ilícito. Sin perjuicio de ello, entendemos que un elemento importante a valorar es el patrimonio de la empresa o empleador, ya que la sanción debe agredir el patrimonio de la empresa, pero no llegar a poner en peligro la supervivencia de la empresa. Para esto las disposiciones citadas del Código Civil pueden resultar un instrumento útil.

⁶⁸ CAPARROS, Lucas, opus cit., Pág. 542.

El trabajo sin registrar, la retención de fondos de los trabajadores con destino los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, continúan siendo un flagelo que azota nuestra sociedad, es necesario que coadyuven tanto los organismos de control administrativo, mediante inspecciones y multas, y las sanciones disuasivas que se impongan desde el poder judicial. De lo contrario somos partícipes de estas prácticas, las que normalizamos al privarlas de consecuencias.