

FUNDAMENTOS

A partir de la sanción de la Ley 26.097, que aprobara la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003, nuestro país ha asumido importantes obligaciones vinculadas a dicha problemática, profundizando las previsiones de la Ley 24.759 que ratificara la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Se ha establecido así, la obligación de formular políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, evaluando periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción (art. 5 incs. 1 y 3).

Por su parte, el artículo 13 de la misma Convención de la ONU, impone la obligación de fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción.

En especial, el artículo 34 de la del citado instrumento internacional, bajo el título “Consecuencias de los actos de corrupción”, establece la obligación de adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, señalando a reglón seguido que “En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”.

Sobre la base de aquellos postulados, y recogiendo la experiencia de otros sistemas judiciales, se ha ideado este proyecto que regula la acción judicial conocida con la denominación de *qui tam* -apócope de “*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in haec parte sequitur*” (quien presenta la acción al rey también la presenta para su propia causa)-, cuyo objeto es procurar la recuperación o interdicción de fondos estatales que hubieren sido ejecutados en perjuicio del Estado, contrariando las prescripciones del ordenamiento jurídico. Para lograr dicha finalidad, se prevé legitimar a la ciudadanía, con la entrega de una recompensa para el caso en que reciba acogida su pretensión.

Esta acción, por novedosa que parezca en nuestro medio, ha sido implementada exitosamente en otros ordenamientos que han sido tomados como fuente de nuestra Constitución, donde se ha instaurado una forma de legitimación amplia y objetiva para combatir la corrupción con su propia medicina: el dinero. En efecto, el derecho norteamericano ha consagrado, desde la época de la Guerra Civil, la acción *qui tam*, para combatir el fraude a gran escala que cometían los contratistas del gobierno. Éste, no contaba con el tiempo ni los recursos para enfrentar el problema de manera eficaz, razón por la cual, se otorgó al pueblo poder para actuar en su nombre y compartir el producto recuperado, recobrando miles de millones de dólares que de otra manera se habrían perdido. Esta institución se ha fortalecido a lo largo de los años, al punto que en 1986 el Congreso de los Estados Unidos la calificó como “la primera herramienta de litigio para combatir el fraude”¹.

¹ Libro de Consulta de Transparencia Internacional, editado en el sitio de Transparencia Internacional (<http://www.transparency.org>), donde se mantiene bajo continua revisión como un «libro» electrónico

Es preciso destacar que el Informe del Comité Especial encargado de negociar la Convención de la ONU, señala que en segundo períodos se sesiones (se realizaron siete) celebrado en Viena en junio de 2002, se realizó un seminario técnico donde se formularon –entre otras observaciones- “d) la posibilidad de utilizar en mayor medida el ofrecimiento de recompensas por toda información que condujera a la devolución de bienes de origen ilícito o de recurrir a un litigio civil *qui tam* en virtud del cual los particulares o los “informantes” pudieran demandar, en nombre del Estado, a funcionarios corruptos y a otras personas que defraudaran al gobierno, y recibir luego una recompensa consistente en una parte de los bienes de origen ilícito recuperados por cuenta del Estado.

Asimismo, en las conclusiones del III Congreso de la Asociación de Derecho Administrativo, se propuso que, junto al control jurisdiccional subjetivo, institucionalizado para la protección de los derechos individuales, se prevean acciones que tutelen la juridicidad objetiva del obrar estatal, tales como la acción *qui tam*, ya implementada en otros ordenamientos jurídicos para combatir el fraude a gran escala; solicitando a las autoridades de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo la elaboración de una propuesta sobre el particular, para que, junto a otras organizaciones no gubernamentales y personalidades de reconocida trayectoria, sea presentada ante la legislatura local.

El actual desarrollo teórico del derecho público, reconoce al Estado como único portador del interés público, y como lógica derivación de ese postulado, no es posible concebir que un particular invoque ese interés general en contra del Estado. En consecuencia, frente a actos de corrupción que no generan una lesión particularizada, de modo que legitime a un particular para accionar contra el Estado; el derecho no aporta solución alguna para recuperar los fondos comprometidos. Porque el Estado de Derecho actual, se fundamenta en el reconocimiento de un derecho individual, el ejercicio de la autonomía privada mediante la estipulación de contratos y la obtención correspondiente de bienes o de prestaciones ajenas. Es menester entonces, superar el carácter individualista que supone aquella concepción, permitiendo el acceso a la justicia de todos los ciudadanos que manifiesten un interés en la vigencia de la juridicidad objetiva², en tanto no ha de perderse de vista, como lo señalara Ihering, que quien defiende un derecho, también cumple un deber con la sociedad³.

<vívo>. Véase asimismo, BIANCHI, Alberto B., “Las acciones Qui Tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos”, EDA 01/02, pág. 589; LIBERATORI, Elena A., “La acción “Qui Tam”, LL sup. Act. del 01/04/2004; CINCUNEGUI, Juan B – CINCUNEGUI, Juan de Dios: La Corrupción y los Factores de Poder, ed. Fundación Argentina de Planeamiento, Buenos Aires, 1996, pág. 56 y sgtes.

² En nuestro país, la jurisprudencia muestra una leve, pero constante evolución en ese sentido, al suspender una campaña publicitaria realizada con fondos públicos, orientada a demostrar los logros de una actividad cumplida por el Poder Ejecutivo Nacional (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II; causa “Gambier, Beltrán c. Poder Ejecutivo Nacional”, LL 1999-E, 624); o anulando una cláusula de un pliego de bases y condiciones para la selección de las empresas gerencadoras el régimen de cobertura médico asistencial del PAMI, que preveía una indemnización exorbitante para el supuesto de rescisión anticipada del contrato (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I; causa “Torello, Susana T. c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, LL 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, Beltrán, titulada “Civismo y Amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad”).

³ IHERING, Rudolf V.: La lucha por el derecho, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, pag. 50: “¿Se dirá ahora que vamos demasiado lejos pretendiendo que la defensa de un derecho concreto no es solamente un deber del individuo que es lesionado para consigo mismo, sino que también es un deber para con la sociedad? Si lo que hemos dicho es verdad; si queda sentado que defendiendo el individuo su derecho

Finalmente, resulta pertinente aclarar que el proyecto que ahora se somete a consideración de la legislatura local, no constituye una copia de ningún modelo foráneo, sino que ha sido elaborado teniendo en cuenta nuestras realidades locales, en el marco de las instituciones reguladas por el ordenamiento provincial, previendo asimismo, una modalidad específica para el caso de la evasión tributaria de los particulares, porque la corrupción es un flagelo, de profundas raíces culturales, que afecta de igual modo al sector público como al ámbito privado. De modo que es necesario lograr, a un acuerdo social, donde el imperio de la ley sea asumido como un compromiso político y social.

ANTEPROYECTO DE LEY

ARTÍCULO 1°. Objeto de la acción Qui Tam.

1. Toda persona podrá demandar ante el Poder Judicial, para que se disponga la recuperación o la imposibilidad de disponer fondos o bienes públicos y privados del Estado o de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, cuya utilización hubiere sido dispuesta en perjuicio del patrimonio estatal, conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

2. Podrá interponerse contra la actividad u omisión de los agentes, funcionarios públicos y otros administradores, pertenecientes a cualquier poder del Estado, personas públicas no estatales, o todo aquel que administre fondos públicos, cualquiera sea la organización o figura jurídica utilizada para la administración de los recursos.

3. A los fines de la presente ley, se entiende por fondos públicos, los de la administración central, los organismos desconcentrados y las entidades descentralizadas, las entidades públicas no estatales, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, las empresas privadas que administren fondos o tributos estatales, las empresas y sociedades del Estado y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria o minoritaria en el capital, o en la formación de las decisiones societarias.

ARTÍCULO 2°. Pretensión Qui Tam de carácter tributario.

Toda persona física o jurídica que tomare conocimiento respecto de hechos que impliquen evasión de las obligaciones tributarias provinciales o municipales, podrá demandar ante el Poder Judicial el recupero de las mismas, en beneficio de la administración respectiva.

ARTÍCULO 3°. Improcedencia de la acción.

La acción Qui Tam no será procedente en los siguientes casos:

defiende la ley, y en la ley el orden establecido como indispensable para el bien público, ¿quién osará sostener que no cumple a un mismo tiempo un deber para con la sociedad? Si el Estado tiene el derecho de llamarle a luchar contra el extranjero; si puede obligarle a sacrificar o a dar su vida por la salud pública ¿por qué no ha de tener el mismo derecho cuando es atacado por el enemigo interior, que no amenaza menos su existencia que los otros? Si la cobarde huida es en el primer caso una traición a la causa común ¿se podrá decir que no es lo mismo en el segundo? No, no basta para que el derecho y la justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad.”

1. Cuando fuera interpuesta por funcionarios públicos que tienen a su cargo la investigación de hechos fraudulentos o de corrupción, aún cuando fuere a título personal.

2. Cuando se hubiere interpuesto una acción Qui Tam con anterioridad, por idéntico asunto.

ARTÍCULO 4°. Legitimación activa.

Toda persona física o jurídica, tendrá legitimación suficiente para deducir la acción judicial que se regula en la presente ley, a cuyo efecto, también se considerarán legitimadas activamente las entidades no gubernamentales con capacidad suficiente, conforme a sus respectivos estatutos; la Fiscalía de Estado; el Ministerio Público; el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, y los organismos con similares funciones, que fueren creados en los respectivos municipios.

ARTÍCULO 5°. Legitimación pasiva.

La acción judicial regulada en la presente, será deducida contra cualquier persona beneficiada por el detrimento de la hacienda pública o el patrimonio fiscal, aún cuando revista la condición prevista en el inciso 2 del artículo 1°.-

ARTÍCULO 6°. Competencia.

Para el conocimiento y decisión de las contiendas que se susciten por aplicación de la presente ley, será competente el juez en lo contencioso administrativo correspondiente al domicilio de cualquiera de las personas demandadas, o al lugar donde se hubiere producido la acción u omisión que diere lugar a la pretensión procesal, a elección del actor.-

ARTÍCULO 7°. Proceso. Remisión normativa.

El proceso tramitará bajo las reglas del juicio ordinario, conforme a lo normado por esta ley y por el Código Procesal Civil y Comercial, en todas aquellas cuestiones que no estuvieren expresamente previstas.

La interposición de la acción Qui Tam, en ningún caso se encontrará supeditada a la articulación de reclamaciones previas en sede administrativa, ni al agotamiento de la vía impugnatoria correspondiente, aún en los supuestos en los que el juez deba declarar la nulidad de actos administrativos, reglamentos o contratos de cualquier naturaleza, para el acogimiento de la pretensión.

ARTÍCULO 8°. Reglas procesales específicas.

Una vez iniciada la demanda, se citará al Ministerio Público y a la Fiscalía de Estado, con copia del escrito inicial y de la documentación acompañada, para que dentro del plazo de cinco días, manifiesten su voluntad de asumir su intervención en el proceso como litisconsortes activos.-

Si los citados organismos declinaren su participación en el proceso, el mismo continuará con la intervención del accionante privado como parte actora.

En ningún caso será procedente la transacción o conciliación de las partes.

En caso de desistimiento de la acción o del proceso, y frente a planteos de caducidad de la instancia, se conferirá un nuevo traslado al Ministerio Público y a la Fiscalía de Estado, por el término de diez (10) días para que se expidan sobre su procedencia y, en su caso, manifiesten nuevamente su voluntad de intervenir e impulsar el proceso.

ARTÍCULO 9°: Medidas cautelares y preliminares.

Durante el trámite del proceso en todas sus instancias, y con anterioridad a la iniciación de la demanda, podrán adoptarse de oficio, o a petición de parte, todo tipo de medidas cautelares para prevenir o evitar la producción o el agravamiento de perjuicios fiscales, o para preservar la prueba de los hechos que motivan la pretensión. -

Las personas, organismos o entidades públicas o privadas, estarán obligadas a suministrar la toda información o documentación requerida por el magistrado, en el plazo que sea fijado al efecto. El incumplimiento de la orden judicial respectiva, dará lugar a la imposición de multas o astreintes, que serán graduadas por el magistrado de acuerdo la importancia la misma, sin perjuicio de la responsabilidad penal respectiva.-

ARTÍCULO 10°: Principio de verdad material.

El Juez interviniente deberá adoptar todo tipo de medidas, a fin de determinar la verdad material, a cuyos efectos, deberá dictar las medidas conducentes para la dilucidación de los hechos o actos denunciados, la preservación de los elementos de prueba y la oportuna determinación de responsabilidades.-

El incumplimiento de la citada obligación, o la establecida en el artículo subsiguiente, por parte del magistrado interviniente, será causal suficiente de recusación, y dará lugar su inmediato desplazamiento en el conocimiento de la causa, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del ejercicio de sus funciones.-

ARTÍCULO 11°: Protección de accionantes y de testigos.

Quien por motivos fundados quisiere poner a resguardo su identidad para demandar u asumir todo tipo de intervención el proceso, deberá requerir con carácter previo, la estricta reserva de su identidad ante el Ministerio Público, quien adoptará las medidas conducentes para preservarla.

También podrá requerir dicha reserva ante el juez interviniente, en cuyo caso, el actor podrá iniciar la demanda anónimamente, utilizando la expresión genérica de "Actor con identidad reservada" con la mera invocación del presente artículo, solicitando la designación de primera audiencia, que será fijada dentro del plazo de cinco días, para la presentación de sus datos personales, consignados en una planilla única y uniforme, elaborada por la Suprema Corte de Justicia. La audiencia será desarrollada con la sola presencia del juez, y los datos del accionante quedarán reservados en Secretaría, en un sobre cerrado, individualizado con el número de causa.

En ambos supuestos, la identidad del accionante solo podrá ser revelada únicamente ante la entidad bancaria, al solo efecto de percibir la recompensa respectiva, y será mantenida mientras no existiere una expresa manifestación de voluntad del actor, o durante el plazo de dos (2) años, computados desde que la sentencia hubiere quedado firme, en cualquiera de sus instancias.

La relevación o difusión de la identidad del accionante por parte de magistrados, funcionarios, empleados del Poder Judicial, el Ministerio Público, o entidades bancarias, constituirá falta grave, y constituirá motivo suficiente para la separación del cargo de quienes tuvieren la obligación de preservarla.

ARTÍCULO 12°: Recompensa.

1. Cuando el accionante obtuviera una sentencia favorable a su pretensión, se considerará adquirido el derecho a percibir una recompensa que el Juez estimará, conforme a las particularidades del caso, entre el quince (15) y el veinte (20) por ciento

de las sumas que el Estado recupere y/o cuya pérdida se hubiere evitado, como consecuencia de la acción; ello sin perjuicio de los gastos en que hubiera incurrido. Cuando la cuantía del juicio no supere la suma de pesos cien mil (\$ 100.000), la recompensa será graduada entre un veinticinco (25) y treinta (30) por ciento de los fondos recuperados o interdictados.

2. Si el Ministerio Público o la Fiscalía de Estado, hubieren declinado su intervención en el proceso como litisconsortes activos, el juez valorará dicha circunstancia, a fin de acordar una recompensa mayor al accionante, dentro de los porcentajes establecidos en el inciso anterior.-

3. Cuando el juez comprobare la participación del accionante en los hechos que dieron lugar a la acción, podrá reducir la citada recompensa hasta en un cincuenta por ciento (50%) del monto de la condena, sin perjuicio de la responsabilidad que hubiere lugar por su intervención o cooperación en la producción de los mismos.-

4. Cuando la acción fuere instaurada por un organismo o entidad estatal, el funcionario titular, obtendrá una recompensa equivalente a tres (3) sueldos –incluidas las bonificaciones permanentes-, siempre que el monto respectivo no supere los porcentajes establecidos en el inciso 1. de este artículo, en cuyo caso, se reducirá hasta ese límite.-

ARTÍCULO 13°: Sentencia estimatoria.

La sentencia que haga lugar total o parcialmente a la pretensión Qui Tam, deberá declarar la existencia del perjuicio fiscal, ordenando al beneficiario del mismo, la devolución del importe respectivo y/o el cese de los actos u omisiones que determinan el citado perjuicio.-

Una vez aprobada la liquidación que habrá de practicarse en el proceso, el juez ordenará el pago de la recompensa dineraria al actor, que estará exenta de todo tributo provincial, y deberá ser abonada dentro del plazo de treinta (30) días, computados a partir de la notificación de la sentencia.-

ARTÍCULO 14°: Costas.

1. El pago de las costas estará a cargo de la parte vencida en el proceso, conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial.-

2. Si la sentencia desestimare la pretensión del actor, las costas serán impuestas en el orden causado. Solo serán atribuidas al actor, si hubiere litigado con notoria temeridad.-

3. En todos los casos el accionante gozará del beneficio de gratuidad.-

ARTÍCULO 15°: Destino de los fondos recuperados o interdictados.

Créase la cuenta especial “Fondo de reparación social”, donde serán depositados todos los importes recuperados o interdictados como consecuencia del acogimiento de la acción, los que solo podrán ser utilizados para obras o programas destinados a la asistencia de los sectores más vulnerable de la sociedad, con un exhaustivo control y participación de las organizaciones civiles, a cuyo fin, el Poder Ejecutivo deberá confeccionar un registro público, libre y gratuito de las asociaciones o fundaciones interesadas.-

ARTICULO 16°: De forma.-