



**Ministerio de Justicia, Seguridad
y Derechos Humanos**

Resolución OA/DPPT Nro. 94

BUENOS AIRES, 22 de enero de 2003

Y VISTOS:

Las presentes actuaciones del registro de la Sindicatura General de la Nación N° 241/2002, y

CONSIDERANDO:

1. Que en las presentes se analiza la situación del Presidente de Lotería Nacional Sociedad del Estado, Dr. Carlos Alberto GALLO, de la Directora Secretario de dicho Organismo, Licenciada María Isabel MATEOS y del asesor del Directorio, Ingeniero Omar J. RODRÍGUEZ, en relación a la normativa sobre conflictos de intereses prevista en la Ley N° 25.188 y en el Código de Ética Pública aprobado por Decreto N° 41/99.

Que las presentes actuaciones por presuntos conflictos de intereses se iniciaron a instancias de la Comisión Fiscalizadora ante Lotería Nacional S.E., dependientes de la Sindicatura General de la Nación, por cuanto los funcionarios mencionados se encuentran con licencia sin goce de haberes en sus cargos de planta permanente en el Instituto Provincial de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires.

2. Que esta Oficina Anticorrupción, en virtud del artículo 1° de la Resolución M.J. y D.H. N° 17/00, ejerce las facultades conferidas al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos por el artículo 1° del Decreto N° 164 del 28 de Diciembre de 1999, como autoridad de aplicación de la ley N° 25.188 a cuyo fin el Fiscal de Control Administrativo podrá dictar las resoluciones e instrucciones y emitir los dictámenes necesarios para el ejercicio de tales facultades.

Asimismo, las resoluciones que en definitiva se dicten, son obligatorias, tal como lo establece el artículo 5° del Código de Ética de la Función Pública, aprobado



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

por Decreto 41/99 (conf. dictamen N° 334/01 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de este Ministerio en el expediente “Tizado”, nro. 128.120/00).

3. Que a fin de resolver la cuestión, debe recordarse una vez más el concepto de conflicto de intereses, para distinguirlo de otras cuestiones. En efecto, esta Oficina en numerosas oportunidades, ha señalado que el régimen de conflictos de intereses se ha establecido a fin de evitar que el interés particular afecte la realización del fin público al que debe estar destinada la actividad del Estado -conf., en este sentido, Máximo Zin, *Incompatibilidades de Funcionarios y Empleados Públicos*, Ed. Depalma, 1986, pág. 8- (conf. resolución expedientes 60/99 ONEP, del 17-3-00; MJyDH 124.620, del 29-3-00; MJyDH 127.205, del 17.10.01, entre tantos otros).

Otra definición en esta línea la brinda el autor español Pablo García Mexía: Conflicto de intereses es *“aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie”* (en *“Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea”*, Colección Divulgación Jurídica, pág. 97, Ed. Aranzadi, Elcano – Navarra-, 2001).

Asimismo, la doctrina norteamericana maneja este mismo concepto de conflictos de intereses: “existe una situación de conflicto de intereses allí cuando el interés personal del funcionario público colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña” (Terry L. Cooper, *The Responsible Administrator*, Kennicat Press Corporation, 1982, pag. 86). “Los conflictos de intereses se producen cuando los funcionarios públicos tienen oportunidad de utilizar su poder para obtener una ganancia personal, independientemente de las demandas que pudiesen efectuar los actores privados. En ese sentido, estas situaciones constituyen un conflicto en la medida en que el interés particular se antepone al rol público” (Cooper, *op. cit.*, pag. 86).



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

En definitiva, lo que se pretende evitar es que el funcionario tome decisiones que lo beneficien personalmente, y que su criterio no esté influido por intereses distintos que impidan actuar con imparcialidad. De allí también la justificación de las normas sobre excusación que rigen para el personal de la Administración Pública (art. 2, inc. i) de la Ley 25.188 y 42 del Decreto 41/99).

4. Que nuestra legislación, para cumplir con los objetivos tenidos en cuenta, ha escogido el curso de acción prescripto en la Ley N° 25.188, de ética en el ejercicio de la función pública. En efecto, el artículo 13 establece que es incompatible con el ejercicio de la función pública: “a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades”.

Que por el artículo 15 de la Ley N° 25.188, reformada por el Decreto N° 862/01 se dispuso: "En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 13, deberá: a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo; b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tengan participación societaria".

Que en este mismo sentido, para preservar la imparcialidad de criterio frente a situaciones que beneficien particularmente al funcionario, se expiden los artículos 23 y 41, 1° párrafo, del Decreto N° 41/99.

5. Que de la lectura de las actuaciones, surge que los argumentos principales de la Comisión Fiscalizadora y de la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la SIGEN para afirmar la existencia de una situación de conflictos de intereses giran en



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

torno a la existencia de una competencia comercial por parte de ambos organismos públicos –uno nacional y otro provincial-, y la posible utilización de información confidencial y sensible debilidades empresariales o estrategias comerciales de Lotería Nacional SE en favor del organismo provincial (conf. fs. 7/12).

6. Que los funcionarios cuestionados, cuyos escritos de descargo casi idénticos obran a fs. 17/35, señalan que la situación de competencia comercial entre ambas instituciones no es tal, pues ellos son funcionarios públicos, y que cada organismo tiene un ámbito territorial de actuación delimitado. Tal circunstancia, señalan, “invalida el argumento en función del cual ambas Instituciones, por tener el mismo objeto social, generan el pretendido conflicto de intereses. Si bien es cierto que ambos organismos tienen el mismo objeto social, la división territorial en la que se desarrolla ese objeto elimina todo indicio de competencia. No hay competencia cuando los mercados y los apostadores son distintos” (conf. fs. 20, 27 y 33).

7. Que, al respecto, debe señalarse que los funcionarios cuestionados se encuentran de licencia en un Organismo Público Provincial, y no en un ente privado, y que por ello, el presunto conflicto de intereses estaría dado entre el ejercicio de dos cargos públicos, en el que los respectivos Organismos persiguen un fin de asistencia social, y no una finalidad estrictamente de lucro. Esto implica una situación singular que dista de ser un conflicto de intereses como el que se encuentra previsto en la Ley N° 25.188.

Igual afirmación cabe señalar con respecto a los artículos 23 y 41, 1° párrafo del Decreto 41/99, citados por el Memorandum 1612/2002 de la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la SIGEN, obrante a fs. 7, que, al igual que el artículo 13, inc. a) de la Ley N° 25.188, tienen por finalidad evitar que los funcionarios públicos actúen movidos por sus intereses particulares, laborales, económicos o financieros que pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

Ello así, por cuanto no se vislumbra qué tipo de decisiones podrían tomar los funcionarios cuestionados desde Lotería Nacional SE que los beneficie particularmente de alguna manera, máxime teniendo en cuenta que sus cargos en el organismo provincial son de planta permanente, y que no están sujetos al eventual desempeño en el organismo nacional.

Distinto sería lo aquí analizado si los funcionarios cuestionados fueran dueños de agencias de juegos de azar, o fueran “accionistas” o socios del Instituto Provincial de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires como si fuera un ente privado, y obtuvieran beneficios patrimoniales o de otra índole para sí, por decisiones que pudieran tomar en el ejercicio del cargo.

No debe pasarse por alto, por otro lado, la circunstancia de que los afectados se hallan en uso de licencia en los cargos administrativos de planta que ocupan en el Instituto Provincial, por lo que no es dable advertir la existencia de un conflicto activo, o sea que deban responder con su actividad concomitante a intereses contrapuestos.

Por ello, la situación apuntada no configura un conflicto de intereses que impida el ejercicio del cargo en los términos de la Ley N° 25.188.

8. Que, no obstante lo señalado, esta Oficina no comparte lo sostenido por los funcionarios cuestionados en cuanto a que el ámbito de jurisdicción territorial de ambos organismos está acotado, pues estos argumentos no tienen en cuenta: a) la movilidad existente entre las cientos de miles de personas que diariamente se trasladan de un distrito a otro, entre la Ciudad de Buenos Aires y las zonas del conurbano bonaerense, b) numerosos convenios bilaterales de comercialización entre un Organismo y otro, y c) el hecho de que existan numerosas Agencias en la Ciudad de Buenos Aires que comercializan juegos de azar provinciales. Tales Agencias para funcionar, sólo deben registrarse ante Lotería Nacional SE, y cumplir con los mismos requisitos que las Agencias que comercializan juegos de azar comercializados por dicho organismo (conf. el Memorando 087/02 – W3 de la Comisión Fiscalizadora ante Lotería



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

Nacional SE agregado a fs. 44/52 del Anexo al expediente 115/02, y los artículos 2° y 3° del Decreto N° 1688/94).

Todos estos aspectos hacen que las personas cuenten con numerosas oportunidades para adquirir productos comercializados por un Organismo en el territorio del otro.

En consecuencia, en cuanto a la situación particular de los Directores Carlos Alberto Gallo y María Isabel Mateos, teniendo en cuenta que Lotería Nacional SE posee un Directorio plural de cinco miembros, y a título únicamente preventivo a fin de evitar posibles impugnaciones, si se estuviera en tratativas para celebrar un convenio con el Instituto Provincial de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires, se estima conveniente disponer que tales funcionarios se abstengan de intervenir en el proceso de negociación y suscripción del Acuerdo, debiéndose tomar las medidas necesarias para que otro de los tres Directores restantes lo suscriban (artículo 15 de la Ley 25.188).

9. Que, en cuanto al régimen dispuesto por el Decreto 1688/94, éste vino a flexibilizar el mercado de los juegos de azar y las apuestas mutuas en el territorio de la Capital Federal, brindando mayores posibilidades para tales actividades explotadas en las provincias con respecto al régimen anterior del Decreto 2063/91.

Ello se traduce, por ejemplo, en que el artículo 1° del derogado Decreto 2063/91 disponía un poder de policía amplio en manos de la Lotería Nacional SE, mientras que ese mismo artículo del Decreto 1688/94 expresamente prohíbe la intromisión de Lotería Nacional SE en el contrato de apuestas y en las políticas de comercialización de los entes emisores (organismos provinciales), debiéndose limitar al control de locales, comercios y personas en general que intervengan. Tal prohibición se traduce en que los Organismos Públicos Provinciales pueden impulsar la comercialización de juegos de azar y apuestas mutuas en el territorio de la capital federal con sólo registrarse y cumplir con los requisitos exigidos por Lotería Nacional SE para sus propios Agentes y Permissionarios, sin que pueda existir alguna medida



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

proteccionista para la comercialización de los juegos de azar nacionales en su propio territorio.

Debe señalarse que tales regímenes de liberalización comercial podrían darse en condiciones de reciprocidad, lo cual se desconoce si existe en el territorio de otras provincias.

El nuevo régimen del Decreto 1688/94 vino a establecer condiciones menos favorables para Lotería Nacional SE en lo que hace a las comisiones a percibir por juegos de azar y de apuestas mutuas provinciales que se comercializaban en el territorio de la capital federal (conf. el Memorando 087/02 – W3 agregado a fs. 44/52 del Anexo al expediente 115/02 ya citado).

Este marco regulatorio general, aun cuando se lo considere perjudicial para Lotería Nacional SE, fue establecido en 1994, por lo que no se le puede imputar su diseño a los funcionarios cuestionados en las presentes actuaciones, quienes asumieron durante el transcurso de 2002.

10. Que por otro lado, es preciso señalar la imposibilidad de intervenir en cuestiones vinculadas a la política pública que un determinado funcionario lleve adelante sobre cierto sector a través de la normativa de conflictos de intereses, pues aquella, como se expuso precedentemente, tiene otra finalidad.

Que en relación a lo señalado precedentemente, y ante la eventualidad de reformar el régimen vigente del Decreto 1688/94, u otro de similar impacto en el mercado, se recomienda que el Directorio de Lotería Nacional SE, adopte los mecanismos y procedimientos que en la esfera de su competencia incrementen la efectiva publicidad y participación de los distintos sectores que actúan en el sector en la redacción de propuestas normativas.

Dicha participación previa en la redacción de proyectos normativos de los potencialmente afectados, revestirá de un grado mayor de legitimidad, aventará toda sospecha de parcialidad, y quienes estén en desacuerdo por la decisión final, habrán



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

participado y emitido opinión antes de su dictado, lo que implicaría aventar niveles de conflicto, como son las posibles impugnaciones posteriores.

Este tipo de procedimientos de elaboración participada de normas, que han sido llevados a la práctica en nuestro medio por esta Oficina, se conocen en el derecho administrativo de Estados Unidos como proceso de *notice and comment*, o *informal rulemaking* (conf. Guido Santiago Tawil, “Administración y Justicia”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993), y se recomienda que sean puestas en práctica por los funcionarios públicos con altas responsabilidades, a los fines preventivos, a fin de evitar consecuencias legales más graves que pudieran surgir luego de que es tomada la decisión. De esta manera, el funcionario lleva a la práctica un proceso transparente de toma de la decisión, que tiende a proponer mejoras y consenso en la propuesta, sin que por ello el funcionario pierda su discrecionalidad.

Los lineamientos generales que deberán ser tenidos en cuenta para implementar tales procedimientos, son los siguientes:

1) el borrador de norma se publica en Internet, y se informa al público a través de solicitadas en diarios de gran circulación y revistas especializadas del medio, acerca de tal publicación, y se solicita a quien esté interesado, a presentar sus observaciones del proyecto dentro de un plazo determinado vía correo electrónico, por correo o en persona.

2) Organizar un régimen de consultas (reuniones, rondas de consultas, talleres, sitios de Internet de acceso restringido), solicitando la opinión de los sectores que vayan a ser afectados por la decisión que se vaya a adoptar (por ej. Agencieros, organismos provinciales de lotería, consumidores, académicos expertos en la materia).

En tales procesos de consulta se somete a discusión el borrador de norma, el cual deberá ser distribuido con anticipación entre los participantes. Asimismo, deberá preverse la forma en que las opiniones principales de los interesados sean registrados e incluidos en el expediente por el que tramite el Proyecto.

Una vez terminado este proceso, el Directorio de Lotería Nacional SE estará facultado para tener en cuenta las opiniones recibidas, tanto vía correo electrónico



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

o a través del proceso de consulta, para enriquecer el fundamento del Proyecto previo a su dictado y posterior publicación.

11. Con respecto a la obligación de mantener secreto de la información confidencial, ello está contemplado en el artículo 30, in fine, del Decreto 41/99, que dispone que el funcionario público “no debe utilizar, en beneficio propio o de terceros, o para fines ajenos al servicio, información de la que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones y que no esté destinada al público en general”.

De acuerdo a las circunstancias fácticas con las que se cuentan en las presentes actuaciones, la SIGEN a través de la Comisión Fiscalizadora y de la Gerencia de Asuntos Jurídicos sólo hace alusión a la posible utilización de información confidencial y sensible, o debilidades empresariales o estrategias comerciales de Lotería Nacional SE en favor del organismo provincial (conf. fs. 7/12), sin que se alegue un hecho concreto que pudiera comprometer la responsabilidad de los funcionarios cuestionados. Por ello, corresponde que, de configurarse tal situación particular, la Comisión Fiscalizadora ante Lotería Nacional SE, o quien tuviera conocimiento, comunique los antecedentes del caso a esta Oficina para su correspondiente análisis.

12. En cuanto a la situación particular del ingeniero Omar Jaime Rodríguez, debe señalarse que sus tareas se ciñen a un asesoramiento técnico en el área de informática y telemática, por lo que carece de capacidad decisoria en cuestiones que puedan importar una situación de conflictos de intereses.

Por ello, el **DIRECTOR DE INVESTIGACIONES EN EJERCICIO DEL CARGO
DE FISCAL DE CONTROL ADMINISTRATIVO**

RESUELVE:

1. Señalar que en las presentes actuaciones no se configura una situación de conflictos de intereses que impida el ejercicio de los cargos de Presidente de Lotería Nacional Sociedad del Estado al Dr. Carlos Alberto GALLO, de Directora Secretario de



Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos

dicho Organismo a la Licenciada María Isabel MATEOS y de asesor del Directorio al Ingeniero Omar J. RODRÍGUEZ, en relación a la normativa sobre conflictos de intereses prevista en la Ley N° 25.188 y en el Código de Ética Pública aprobado por Decreto N° 41/99.

2. Señalar que el Dr. Carlos Alberto GALLO y la Licenciada María Isabel MATEOS deberán abstenerse de intervenir en la negociación y firma de convenios con el Instituto Provincial de Loterías y Casinos de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo señalado en el Considerando 7° .

3. Recomendar al Directorio de Lotería Nacional SE la utilización de mecanismos de elaboración participada, teniendo en cuenta lo señalado en el Considerando 9°.

4. Recordar la obligación de mantener confidencialidad sobre la información reservada a la que los funcionarios tengan acceso.

Regístrese, notifíquese, y remítanse las actuaciones a la SIGEN.