

**Sala II - Causa n° 30.098 “NIELSEN,
Guillermo E. s/procesamiento”.**

Juzg. 12 - Sec. 23 - expte. 1945/06

Reg. n° 33.027

//////////nos Aires, 14 de junio de 2011.

VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I- Que las presentes actuaciones se elevaron a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la defensa de Guillermo Emilio Nielsen, ejercida por entonces por el Dr. Pablo Slonimsqui, contra la decisión obrante en fotocopias a fs. 1/20 de esta incidencia, mediante la cual el Sr. Juez de grado dispuso el procesamiento del nombrado en orden a su intervención en el hecho calificado como infracción al artículo 265 del Código Penal, y mandó trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de quinientos mil pesos.

En líneas generales, los Dres. Jorge A. Valerga Aráoz y Jorge A. Valerga Aráoz (h), además de cuestionar el inicio de los actuados, han atacado el resolutorio dictado por ser irrazonable e infundado en relación a la prueba colectada - que es evaluada a lo largo del memorial presentado-, a la vez que señalan que se ha construido la imputación del delito de negociaciones incompatibles sin definir de qué modo su asistido se “interesó” en la operación y cuál habría sido su beneficio.

II- Esta investigación se ha centrado en torno a las negociaciones que en el período 2004/2005 llevó adelante el directorio del Banco Hipotecario Sociedad Anónima a los fines de adquirir la Banca Nazionale del Lavoro.

En concreto, se imputó a Guillermo Emilio Nielsen -por entonces a cargo de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Producción de la Nación- haber antepuesto su propio interés por sobre el de la administración pública,

USO OFICIAL

toda vez que como representante del Estado Nacional -titular de la mayoría del paquete accionario-, habría interferido en las negociaciones en curso mediante la imposición de condiciones que, por resultar impracticables, terminaron frustrando la operación.

Mas previo a ingresar en el análisis de la situación de mérito, resulta ineludible repasar brevemente las constancias agregadas al sumario sin atender a los tiempos procesales de sus incorporaciones sino a la cronología de los hechos que rodearon el acontecimiento histórico a evaluar.

-Según surge de diferentes elementos obrantes en la causa, las negociaciones tendientes a la adquisición de la Banca Nazionale del Lavoro habrían iniciado en el mes de marzo de 2004, interrumpidas por falta de consenso durante el período de exclusividad y retomadas en diciembre de ese mismo año -conf. “Memoria y Balance 2005”, obrante en la caja 6 y acta de directorio n° 160-.

-El 14 de febrero de 2005, el Banco Hipotecario S.A., por reunión de directorio reflejada a través del acta n° 160, resolvió por mayoría absoluta *“Dar mandato a un número de Directores de la Sociedad a fin de concretar las negociaciones mantenidas con la Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.”*.

-El 15 de febrero de 2005, los directores representantes de la Clase A de acciones Carlos B. Písula y Julio A. Macchi elevaron un memorandum al Dr. Arturo Giovenco -jefe de asesores de la Secretaría de Finanzas-, en el cual individualizan las razones por las cuales habían votado negativamente la propuesta -escasa información disponible en tiempo y forma, negativa de cuarto intermedio para considerar y evaluar la información recibida y negativa a avanzar sobre una propuesta de Acuerdo de Accionistas-.

Ese mismo día, es elevada también la nota firmada por Edgardo Fornero -director representante de la Clase B de acciones- y por Juan José Zanola -Presidente del Consejo de Administración de la Obra Social Bancaria Argentina-,

Poder Judicial de la Nación

mediante la cual piden la intervención de la citada dependencia a efectos de regularizar las tratativas.

-Ese mismo día, aunque recibido el 16 de febrero, Nielsen remitió la nota n° 34, a través de la cual solicitó al Banco Hipotecario S.A. que la actividad prevista para el 21 de febrero -firma del “*acuerdo de compra y el pago del 20% del precio de adquisición de las acciones de BNLISA*”-, no sea llevada a cabo antes del 15 de marzo, a resultas de un acuerdo de los accionistas con capacidad para formar la voluntad social. Dicha solicitud también fue enviada por nota n° 33 a los representantes de la Banca Nazionale del Lavoro S.A. -conf. fs. 221/2 y 227-.

Bajo la denominación “cuestiones estratégicas”, se proponía el consenso en torno a tres cuestiones necesarias para poder continuar las negociaciones con miras a la eventual fusión de las entidades: “1. *la metodología y/o procedimiento para la selección y designación del gerente general y del gerente del área encargada de la línea de préstamos con garantía hipotecaria, de la entidad resultante de la Fusión; 2. el plan de negocios de la entidad resultante de la Fusión; y 3. las pautas a las cuales habrá de atenerse la gestión de la transición que transcurra entre la adquisición de las acciones de BNLISA por parte de BH y el perfeccionamiento de la Fusión*” -fs. 273/7-.

-Se inició entonces un intercambio de mails entre la Secretaría de Finanzas y los directores del Banco Hipotecario S.A. tendiente a lograr acuerdo sobre los diferentes puntos integrantes del proyecto.

-El 4 de marzo de 2005, a través de la nota n° 45, Nielsen solicitó a Inversiones y Representaciones S.A. que mantuvieran la espera más allá del plazo originalmente estimado “...*con el propósito de poder continuar con las referidas tratativas...*”. Ese mismo día, y mediante nota n° 44, se solicitó la Banca Nazionale del Lavoro que diera tratamiento favorable al pedido de prórroga de los plazos que pudiera efectuarle el Banco Hipotecario S.A. -fs. 650 y 651-.

-Consta en el acta de directorio 161 del 16 de marzo de 2005, que se realizó una reunión en el Ministro de Economía, en la que *“después de un intercambio de ideas, y de debatir sobre las ventajas y desventajas de la negociación por la cual el Banco Hipotecario adquiriría la filial local, el señor Ministro pidió que se le hiciera entrega formal de la documentación que instrumentaría la operación -y que se ha repartido previamente-, a los Directores representantes del Estado en Banco Hipotecario S.A....”*.

-El 22 de marzo de 2005, la Superintendencia de Seguros de la Nación informó a la Secretaría de Finanzas que los elementos que le habían sido remitidos no resultaban suficientes para poder efectuar el análisis en torno a la eventual operación de adquisición de las aseguradoras -conf. memorandum de fs. 254/5-.

Ello, en tanto la inclusión de las sociedades integrantes del Grupo Juncal eran condición impuesta por la Banca Nazionale del Lavoro para realizar la transacción.

-El 30 de marzo, la Superintendencia de Seguros de la Nación elevó a la Secretaría de Finanzas un informe en el que dejó constancia que en tanto la documental acompañada para el análisis era insuficiente, se había requerido diversa información a los compradores, acompañando copia de la nota enviada a IRSA a esos fines -fs. 256/7 y 258/71-.

-El 5 de abril de 2005, Nielsen pidió la intervención de la Sindicatura General de la Nación a partir de lo informado por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

-El 7 de abril de 2005, el Banco Hipotecario S.A. remitió a la Secretaría de Finanzas la documentación vinculada con la operación: Fairness Opinión, Memorandum de Entendimiento, Convenio de Compra venta de acciones, Contrato de Cesión y Escrow Agreement, conforme compromiso asumido a través del acta de directorio n° 161, aprobada en la reunión de directorio celebrada el 6 de abril.

Poder Judicial de la Nación

-El 14 de abril de 2005, la Sindicatura General de la Nación informó que, de acuerdo a la intervención requerida, se había dado traslado a los síndicos actuantes en el Banco Hipotecario.

-El Comité de Auditoría se expidió el 12 de mayo de 2005 -acta n° 39-, de conformidad con lo dispuesto por el Comité Ejecutivo mediante acta n° 65 del 5 de ese mismo mes -conf. fs. 855/64 y 851/4 respectivamente, acta de directorio n° 164 obrante a fs. 844/50 y “Nota 5 / CF BH SA”, glosada a fs. 832/3-.

-Conforme surge de autos, los intercambios de versiones al proyecto de acuerdo de accionistas entre la Secretaría de Finanzas y el Banco Hipotecario S.A se sucedieron hasta el 22 de septiembre de 2005, sin que se hubiese llegado a conformar una voluntad única -conf. fs. 1416, 1422, 1430, 1450/1 y 1459 de la carpeta obrante en la caja identificada con el número 6-.

-Finalmente, la Banca Nazionale del Lavoro S.A. fue adquirida por el HSBC.

III- Ahora bien. Es dentro del contexto probatorio aludido que este Tribunal debe evaluar la razonabilidad del temperamento adoptado a la luz de los agravios expuestos por la parte recurrente.

Los Dres. Horacio Cattani y Martín Irurzun dijeron:

Adentrados en esa tarea, dos aspectos medulares impiden homologar el criterio sustentado por el *a quo*.

El primer obstáculo es la descripción que del hecho ilícito se efectúa en el auto dictado, por cuanto si bien Nielsen ha sido indagado y procesado en orden a la hipótesis delictiva prevista por el artículo 265 del Código Penal, en el decisorio en estudio no se han desarrollado debidamente las razones por las cuales sus requisitos típicos se encuentran a su respecto aquí reunidos.

Recuérdese aquí que “...*la actuación parcial de los órganos administrativos que define el ámbito de lo injusto de este delito...deviene*

definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea: al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa... una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la administración, por la inserción de un interés particular” (Marcelo A. Sancinetti, “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, Doctrina Penal, Año 9, n° 33/34, 1986, Ed. Depalma, Pág. 75).

Siendo ajenas a este ámbito penal las cuestiones vinculadas a las ventajas que habría de reportar al Banco Hipotecario S.A. la adquisición de la Banca Nazionale del Lavoro S.A. -aspecto sobre el que, de hecho, existe consenso-, lo que toca aquí definir es si, de acuerdo a las pruebas reunidas, la intervención de Nielsen como Secretario de Finanzas respondió a la existencia de un interés ajeno al estatal, condicionando así su voluntad.

La respuesta positiva no puede derivar de consideraciones tales como que “...*en lugar de convocar a una Asamblea de Accionistas para dirimir la cuestión de la aprobación o no de la operación comercial que el sector privado de BHSA le había planteado a través de las distintas presentaciones e intercambios vía mail y cartas mencionados por ambas partes...adoptó una decisión que se presenta como parcial, frente a la alternativa de adoptar una decisión a través de los representantes del Estado Nacional en función de las acciones que este tenía en la BHSA en pos de la imparcialidad de su actuación...*”.

Menos aún extraer de allí que “...*la conducta desplegada por Guillermo Nielsen, no coincide con los intereses del Estado allí expresados; no sólo su versión no coincide con la documental y testimonios aquí expuestos, sino que es contraria a los intereses que los representantes del Estado tenían en el BHSA, según los informes precedentemente reseñados, trasluciéndose la parcialidad de su decisión en el modo en que intervino, al paralizar las negociaciones cuando estaban por*

Poder Judicial de la Nación

concretarse...Ese interés de parte indebido (pues afecta tanto a la administración pública como a terceros) puede apuntar a beneficio de un tercero, que no es este último el caso que aquí se evalúa o darse en miras al provecho del agente desleal, como ocurrió con la maniobra realizada por Guillermo Nielsen...”.

Los motivos por los cuales no se ha logrado efectuar una concreta descripción de los elementos que permiten tener por configurada a su respecto la hipótesis delictiva analizada se encuentran, a criterio del Tribunal, en la ausencia de correlato documental que impide no ya definir sino establecer adecuadamente la propia existencia del hecho típico, extremo este último que conforma el segundo de los obstáculos que impide la homologación del auto de mérito así dictado.

En ese marco, el análisis del resultado de la labor probatoria realizada hasta aquí -y de acuerdo a cuanto se desprende del relevo efectuado en el Considerando precedente-, sólo demuestra que, en última instancia, otras medidas resultaban necesarias para recrear adecuadamente el hecho histórico sobre el que gira esta investigación.

Los testimonios de la totalidad de las personas que, de una u otra manera, han actuado en cualquiera de los aspectos cuestionados de las negociaciones tendientes a la adquisición de la Banca Nazionale del Lavoro -algunas de las cuales han sido mencionadas en las declaraciones a las que se asignó contenido cargoso-, como así también la obtención de todas aquellas constancias que podrían servir para comparar si la intervención de Nielsen en tal ocasión encontraría correlato con la actividad desarrollada por el nombrado o por la Secretaría de Finanzas en casos análogos, se conforman como diligencias ineludibles para establecer si existió el indebido apartamiento sostenido por el instructor y, de ser así, si ello pudo haber respondido a la existencia de un interés ajeno al representado.

Sobre esto último, y en vista del cuadro “Evolución de los Requerimientos de la Secretaría de Finanzas a los efectos de prestar su conformidad

para la compra de la BNL y su posterior fusión con el BH” -obrante en el anexo de documentación que inicia con nota remitida por IRSA el 16 de septiembre de 2005 y que se encuentra en la caja identificada con el número 8-, debe ahondarse a efectos de establecer la razonabilidad de las cuestiones introducidas y de las modificaciones efectuadas por la Secretaría de Finanzas en los diversos proyectos de acuerdo que se intercambiaron.

Mas también, y a la luz de la versión brindada por el imputado a fs. 1777/85, resulta necesario que se profundice en torno a las cuestiones allí referenciadas.

El Dr. Eduardo G. Farah dijo:

Que comparto en un todo las consideraciones efectuadas por mis colegas preopinantes, mas debo agregar que en el auto en crisis tampoco se han expuestos los argumentos que permiten tener por demostrada la incompatibilidad en la actuación de Nielsen pues, a mi criterio, lo que el artículo 265 del Código Penal sanciona es la conducta del funcionario que actúa como tal en un negocio u operación en la que concurre un interés particular que hubiera justificado su apartamiento.

Noto entonces que dicho requisito típico no ha sido ni mínimamente analizado por el *a quo*, quien -tras descartar que haya sido en beneficio de un tercero-, sólo se limitó a afirmar, dogmáticamente, que fue en provecho propio, mas en ningún momento indicó cuál era el interés concreto que Nielsen perseguía al desdoblar su actuación.

Es en virtud de lo expuesto que corresponde y por ello este Tribunal **RESUELVE:**

REVOCAR la resolución que en fotocopias se encuentra agregada a fs. 1/20 de este incidente, y **DISPONER** que en las presentes actuaciones **NO EXISTE MÉRITO** suficiente como para procesar o sobreseer a Guillermo Emilio Nielsen en orden al hecho por el que es investigado, **DEBIENDO** el Sr. Juez de grado

Poder Judicial de la Nación

proceder conforme lo señalado en este decisorio -artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación-.

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal General y devuélvase, debiendo practicarse en la anterior instancia las notificaciones que correspondan.

Fdo: Horacio Rolando Cattani- Martín Irurzun- Eduardo G. Farah.-

Ante mi: Laura Victoria Landro. Secretaria de Cámara.-

USO OFICIAL