

- 1 -

Lima, veintidós de octubre de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la FISCAL SUPERIOR contra la resolución superior de fojas doscientos tres, emitida en audiencia pública del veintitrés de enero de dos mil doce, que por mayoría declaró: **I)** Procedente la cuestión previa deducida por el abogado defensor del procesado Fernando Lenji Iyo Shiguiyama, haciéndose extensivo a los coacusados Ángel Rodolfo Reyes Príncipe, Jorge Eduardo Ruíz Vigo, Guillermo Fortunato Álvarez León, Iván Santa María Barreto y Leonardo Efraín Vereau Rodríguez; consecuentemente, nulo el auto apertorio de instrucción; **II)** Nulo todo lo actuado con posterioridad al auto apertorio de instrucción; por lo tanto, téngase por no presentada la denuncia fiscal, anúlense los antecedentes generados con motivo de estos autos, debiendo continuar el proceso en el extremo del delito de asociación ilícita para delinquir; **III)** Archívese el presente proceso, en el modo y forma de Ley, en el extremo que corresponde al delito de insolvencia fraudulenta; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; y **CONSIDERANDO: Primero: I)** Que, la FISCAL SUPERIOR en su escrito de fojas doscientos quince, sostiene lo siguiente: **a)** que, la Ley veintisiete mil ochocientos nueve derogó el Decreto Legislativo número ochocientos cuarenta y cinco, así como la Ley veintisiete mil ciento cuarenta y seis, por lo que conforme a la décima disposición complementaria y final de la Ley General del Sistema Concursal, el Ministerio Público está obligado a solicitar y evaluar un informe técnico del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, cuando las denuncias penales son contra funcionarios públicos con ocasión del trámite de los procedimientos concursales previstos en la Ley, que la derogada Ley veintisiete mil ciento cuarenta y seis en su novena disposición final prescribía que antes de ejercitar la acción penal por los delitos previstos en los artículos doscientos nueve al doscientos once del Código Penal,

- 2 -

deberá solicitar un Informe Técnico al INDECOPI que será valorado por el Ministerio Público y Poder Judicial; sin embargo, la disposición que la deroga –Ley veintisiete mil ochocientos nueve–, prevé que las excepciones a la derogatoria mantienen su plena vigencia en todo lo que no se oponga a la Ley, por lo que no puede afirmarse que continua vigente la novena disposición final de la Ley veintisiete mil ciento cuarenta y seis, que precisamente se opone a la nueva norma legal; **b)** que, el informe técnico es o debiera ser de tal importancia que condicione el ejercicio de la acción penal, siendo esencial para establecer si la conducta vulneró determinadas normas legales; en este caso, se exige que una autoridad o entidad en particular emita pronunciamiento sobre el tema en cuestión, habiendo INDECOPI remitido copia de los actuados pertinentes al Ministerio Público para que ejercite la acción penal, resultando incoherente declarar fundada la cuestión previa y nulo todo lo actuado, porque no obra en autos el Informe Técnico de INDECOPI; **Segundo:** Que, la acusación fiscal de fojas ciento cincuenta y nueve le atribuye al procesado la comisión del siguiente hecho delictivo: El diez de agosto de dos mil, la empresa "Instituto de ojos, oídos, nariz y garganta Trujillo sociedad anónima" –en adelante "Instituto"–, solicitó acogerse al procedimiento transitorio establecido por el Decreto de Urgencia número sesenta y cuatro – noventa y nueve, con el objeto de obtener de sus acreedores la aprobación de un Convenio de Sanearamiento para la reprogramación de sus obligaciones patrimoniales y no patrimoniales; así, la Junta de Acreedores desaprobó en las sesiones del trece y veinte de noviembre de dos mil, el convenio de saneamiento, originando que de inmediato se declare la insolvencia de la empresa por Resolución Administrativa mil novecientos dieciocho – dos mil uno / CRP – ODI – CCPLL del veintiocho de diciembre de dos mil uno, por lo que el Instituto se sometía al trámite de reestructuración patrimonial por acuerdo de la Junta de Acreedores del treinta y uno de octubre de dos mil dos. En agosto de dos mil tres, lograron ser reconocidos como acreedores los procesados Fernando

- 3 -

Lenji Iyo Shiguiyama, Guillermo Fortunato Álvarez Calderón –principales accionistas– y Jorge Eduardo Ruíz Vigo –acreedor comercial–, todos vinculados a la empresa deudora; posteriormente, con su voto mayoritario, los socios accionistas y el acreedor comercial de la empresa en liquidación Ángel Rodolfo Reyes Príncipe, Fernando Lenji Iyo Shiguiyama, Guillermo Fortunato Álvarez León y Jorge Eduardo Ruíz Vigo, no sólo acordaron en Junta designarse a ellos mismos como integrantes del Comité de la Junta de Acreedores, sino que aprobaron el Convenio de Liquidación para cobrar sus acreencias en forma encubierta y subrepticia, bajo la apariencia del pago de dietas o remuneraciones a su favor, cuyo monto coincide casi exactamente con el de su acreencia, actuando concertadamente en contra de los demás acreedores beneficiarios del procedimiento liquidatorio del Instituto; implementando un mecanismo en apariencia legal, para burlar el pago de los créditos de acuerdo al orden de preferencia establecido por la norma concursal, disminuyendo el patrimonio de dicha empresa en liquidación en forma dolosa, para desaparecer los activos al momento de la liquidación real. El dieciocho de agosto de dos mil tres, los procesados Jorge Eduardo Ruíz Vigo, Fernando Lenji Iyo Shiguiyama, Guillermo Fortunato Álvarez León y Ángel Rodolfo Reyes Príncipe, se reunieron con el único propósito de establecer su "dieta" como miembros del Comité, y fijaron la suma de un mil dólares por sesión, para cada miembro del Comité. Los antes mencionados se reunieron cuarenta y nueve veces entre el dieciocho de agosto de dos mil tres y el veintiséis de abril de dos mil cuatro, llegando a realizar sesiones tan solo para adoptar acuerdos intrascendentes como: **a.-** Sesión del cinco de setiembre de dos mil tres, para subsanar un error de tipeo de la sesión realizada cuatro días antes; **b.-** Sesión del treinta de diciembre de dos mil tres, para recomendar el cambio de recepcionista y del administrador; **c.-** Sesión del dos de abril de dos mil cuatro, para autorizar el pago de indemnización a un médico de la empresa por el robo de piezas de su vehículo; **d.-** Sesión del siete de abril de dos mil cuatro, para respaldar a

- 4 -

Izan Barreto en el despido de dos vigilantes. En todos los casos se pagó por cada sesión cuatro mil dólares, beneficiándose los procesados Ángel Rodolfo Reyes Príncipe con cuarenta y nueve mil doscientos dieciocho dólares con ochenta y cuatro centavos, Jorge Eduardo Ruiz Vigo con cuarenta y siete mil ochocientos treinta y tres dólares con sesenta y cuatro centavos, Guillermo Fortunato Álvarez León y Fernando Lenji Iyo Shiguiyama con cuarenta y siete mil ciento cincuenta y dos dólares con dos centavos cada uno –coincidentalmente son montos casi iguales a los créditos a ellos reconocidos–, pese a que la Ley General del Sistema Concursal no permite el pago de retribuciones por el desempeño de sus cargos, siendo evidente que los procesados aprovecharon su condición de miembros de la Junta de Acreedores para cobrar dietas por sumas elevadas contrariamente al objetivo del proceso de liquidación que pretende cumplir con las acreencias, en especial de quienes tienen derechos preferentes como los laborales; habiendo incluso ejecutado actos que corresponde solamente a la entidad liquidadora, pues estos son órganos de dirección. Para ello contaron con la participación del acusado Leonardo Efraín Vereau Rodríguez, ex secretario técnico de la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales de La Libertad, quien lejos de informar al órgano superior estos actos de disposición del patrimonio del deudor, no lo hizo, significándose que además es socio fundador de la empresa liquidadora "BKV & Asociados Consultoría y Gestión de Negocios sociedad anónima cerrada", empresa de la cual el encausado Izan Santa María Barreto –quien anteriormente laboraba como administrador del Instituto–, era gerente general, quien actuaba también en connivencia con sus coprocesados para evitar que los acreedores obtengan el pago de sus acreencias con las propiedades de la empresa insolvente, pues pese a la prohibición legal, efectivizó el pago de las dietas. Asimismo, dispusieron de todo el patrimonio de la empresa en liquidación, como es el caso del proveniente de la venta del único inmueble del Instituto, el edificio sito en el jirón Bolívar número trescientos once de la ciudad de Trujillo, sobre

- 5 -

el cual había recaído con mucha anterioridad una medida cautelar de embargo en forma de inscripción a favor de los acreedores Nancy Suárez, Gumersindo Suárez y Ricardo Cáceda; **Tercero:** Que, la cuestión previa es una institución típicamente procesal relacionada al ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, institución que según nuestra Constitución Política y su Ley Orgánica, es un órgano autónomo que tiene el monopolio exclusivo de la acción penal, de forma tal que no tiene ninguna limitación al momento de promoverla cuando considere que exista la comisión de un delito; sin embargo, en determinadas casos establecidos expresamente por Ley, no podrá ejercerla válidamente sino cuenta con determinados requisitos procedimentales. Se trata, entonces de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no sería posible promoverla; **Cuarto:** Que, en el presente caso, los hechos materia de acusación fiscal fueron tipificados como delito de insolvencia fraudulenta, previsto en el artículo doscientos nueve del Código Penal –ver fojas ciento sesenta y nueve de la acusación fiscal–, siendo que la novena disposición final de la Ley número veintisiete mil ciento cuarenta y seis –Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial– estableció que: *“Antes de ejercer la acción penal por los delitos a que se refieren los artículos doscientos nueve, doscientos diez y doscientos once del Código Penal, en lo relacionado con la materia de reestructuración patrimonial, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, el cual deberá emitirlo en el término de cinco días hábiles. Dicho informe deberá ser valorado por los órganos competentes del Ministerio Público y del Poder Judicial en la fundamentación de los dictámenes o resoluciones respectivas.”*. Posteriormente, la Ley número veintisiete mil ochocientos nueve – Ley General del Sistema Concursal derogó la norma legal antes mencionada, pero con excepción de sus disposiciones complementarias, finales, modificatorias y transitorias que mantienen plena vigencia en todo lo que no se le oponía; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la décima disposición final de esta última Ley establece que: *“Tratándose de denuncias formuladas contra funcionarios públicos con ocasión del trámite de procedimientos concursales previstos en la Ley, la Fiscalía competente deberá solicitar un*

- 6 -

informe técnico al INDECOPI sobre la licitud de los hechos imputados, el cual merituará, para efectos de la calificación o archivo de la denuncia. Dicho informe deberá ser emitido en un plazo máximo de diez días hábiles desde su requerimiento."; **Quinto:** Que, siendo esto así, corresponde determinar si lo glosado se contrapone con lo que preveía la novena disposición final de la Ley número veintisiete mil ciento cuarenta y seis -Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial- o de lo contrario se tratan de artículos que regulan supuestos distintos; sobre el particular, este Supremo Tribunal considera que subsiste como requisito de procedibilidad la exigencia del informe técnico del INDECOPI, para el ejercicio de la acción penal por los delitos a que se refieren los artículos doscientos nueve, doscientos diez y doscientos once del Código Penal, pues la décima disposición final de la Ley veintisiete mil ochocientos nueve restringe su ámbito de aplicación a las denuncias formuladas contra funcionarios públicos con ocasión del trámite de procedimientos concursales, las que no se circunscribe a los ilícitos tipificados en los mencionados artículos del código sustantivo, sino que pueden tratarse de la comisión de otros delitos, significándose que en el caso de la Ley veintisiete mil ciento cuarenta y seis, el informe técnico está dirigido a la perpetración de tres tipos penales específicos, sean estos perpetrados por funcionarios públicos o particulares. En consecuencia, las citadas disposiciones legales no resultan contradictorias entre sí, por lo que en el presente caso es necesario cumplir el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal; **Sexto:** Que, estando a lo glosado, se tiene que la recurrida estima que no se puede convalidar la denuncia interpuesta por INDECOPI en reemplazo del informe técnico, puesto que la tecnicidad a la que hace referencia la norma, debe estar dado por un minucioso detalle contable, tributario y/o de otra índole que el caso requiera y amerite -ver fojas doscientos cinco-, aseveración que es correcta, pues si bien la denuncia de la mencionada institución pública -véase fojas uno a veintiuno-, procede a efectuar: "(...) una descripción secuencial de los hechos relevantes, relativos al desarrollo del procedimiento concursal de la empresa Instituto de Ojos, Oídos, Nariz y Garganta Trujillo sociedad anónima

- 7 -

(....)" -ver fojas dos-, esta es suscrita por el apoderado Celso Díaz Carmelino y el abogado de INDECOPI -ver fojas veintiuno-, quienes no son los funcionarios especializados y responsables de otorgar la información técnica sobre la conducta desplegada por los encausados en el procedimiento concursal; sin embargo, es necesario corroborar si obra en autos documentación de carácter técnico legal emitida por el INDECOPI, que describa los hechos acontecidos en el procedimiento concursal del "Instituto de Ojos, Oídos, Nariz y Garganta Trujillo sociedad anónima" y las acciones que al parecer de dicha institución pública conllevan la comisión del delito denunciado, a saber: **a) El Informe número cero cero dos - dos mil cuatro / ST - CCO - ODI - LAL**, del veintitrés de noviembre de dos mil cuatro -ver fojas treinta y siete, y siguientes-, por el que la Secretaria Técnica pone a conocimiento de la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales - La Libertad - INDECOPI, los montos de los honorarios abonados a la empresa liquidadora "BKV & Asociados Consultoría y Gestión de Negocios sociedad anónima cerrada" -"BKV & Asociados", en adelante-, el pago a los acreedores reconocidos y las sumas que han recibido los acusados Fernando Iyo Shuguiyama, Guillermo Álvarez León, Rodolfo Reyes Príncipe y Jorge Ruiz Vigo por concepto de dietas, en su condición de acreedores comerciales y/o laborales, y como miembros del Comité de la Junta de Acreedores, puntualizando que por el concepto de dietas el monto asciende a ciento noventa y uno mil trescientos cincuenta y seis dólares con cincuenta y dos céntimos -véase fojas treinta y siete a treinta y nueve-, concluyendo que: "(...) pese a que en el Convenio de Liquidación se establecieron el pago de las dietas como deuda corriente, no existe asidero legal para establecer tales disposiciones, puesto que, tal órgano tiene por finalidad dinamizar el procedimiento y adoptar acuerdos que por delegación, le ha facultado la Junta de Acreedores. No constituye desde ningún punto de vista jurídico en el ámbito concursal, ni siquiera el otorgamiento de una dieta, menos su constitución como deuda corriente con cobro preferente, pues su única finalidad es causar perjuicio a los créditos reconocidos a favor de acreedores del mismo o diferente orden de preferencia que forman parte del mencionado Comité. Las únicas deudas que pueden ser pagadas previa a

- 8 -

los créditos debidamente reconocidos por la autoridad concursal son los honorarios del liquidador y los gastos del procedimiento en que el mencionado liquidar incurra." –ver fojas cuarenta y seis–. En tal sentido, la Secretaria Técnica emitió un informe acusatorio contra la empresa "BKV & Asociados", por incumplimiento de funciones, al haber cancelado previamente deudas de origen distinto, específicamente las dietas del Comité, al de los créditos reconocidos a la señora Jannet Tania Arroyo Guzmán; **b) La resolución número cero trescientos veintinueve – dos mil cinco / TDC – INDECOPI**, del veintiuno de marzo de dos mil cinco –ver fojas cuarenta y siete, y siguientes–, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala de Defensa de la Competencia, donde se analiza como cuestiones en discusión, entre otros: **i.-** Determinar si en el presente caso concurren elementos de juicio que hagan suponer una utilización fraudulenta de las disposiciones del Convenio de Liquidación del Instituto de Ojos y Oídos referidas a la fijación de dietas a favor de los miembros del Comité de Acreedores, con la finalidad de eludir el pago de los créditos de acuerdo al orden de preferencia establecido en la ley General del Sistema Concursal, y, **ii.-** Determinar si corresponde remitir copia de los actuados en el presente procedimiento al Ministerio Público para los fines pertinentes –ver fojas cincuenta–. En tal sentido, en lo atinente al primer punto, concluye que: "(...) existen suficientes elementos de juicio que hacen presumir una utilización fraudulenta del Convenio de Liquidación de Instituto de Ojos y Oídos por parte de ciertos acreedores para el cobro de sus créditos sin observar el orden de preferencia establecido por ley, en perjuicio del resto de acreedores de la empresa concursada. De otro lado, no debe perderse de vista que la realización de tal hecho no hubiera sido posible sin la participación de BKV & Asociados, quien en su calidad de entidad liquidadora pudo advertir la posible existencia de un fraude a la ley y acudir a las autoridades competentes.", en cuando al extremo restante, puntualizó: "(...) corresponde disponer que la Gerencia Legal del INDECOPI remita copia certificada de los actuados en el Procedimiento Concursal Ordinario de Instituto de Ojos y Oídos al Ministerio Público, a efectos que dicha autoridad evalúe si existen indicios suficientes que ameriten el inicio de las acciones respectivas contra quienes pudieran resultar responsables penalmente por el hecho antes mencionado." –véase fojas

- 9 -

sesenta y tres-; **Sétimo:** Que, en consecuencia, la documentación glosada permite apreciar la posición técnica asumida por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual respecto al caso concreto; por lo tanto, declarar la nulidad de lo actuado para solicitar a la mencionada entidad pública una instrumental con el rotulo de "Informe Técnico" resulta innecesario, pues conllevaría a una indebida dilación del proceso, máxime si en el presente caso el auto de apertura de instrucción dispuso oficiar al INDECOPI para que cumpla con emitir un informe detallado sobre las irregularidades incurridas por los denunciados y los efectos administrativos que les hicieron incurrir -ver fojas ochenta y cuatro-, mandato judicial cumplido por el Secretario Técnico de la Comisión de Procedimientos Concursales - La Libertad, quien remitió el oficio número cero noventa y uno - dos mil cinco / CCO - INDECOPI - TRU del veinticuatro de noviembre de dos mil cinco -véase fojas ochenta y ocho y siguientes-, en el que en forma técnica y descriptiva explica las acciones desplegadas en el procedimiento concursal, por: **i.-** Los acreedores del "Instituto de Ojos, Oídos Nariz y Garganta Trujillo sociedad anónima en Liquidación": Jorge Ruiz Vigo, Ángel Reyes Príncipe, Guillermo Álvarez León y Fernando Lenji Iyo Shiguyama; **ii.-** La entidad liquidadora "BKV & Asociados", representada por su gerente general Yván Santa María Barreto; y, **III)** El ex secretario técnico de la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales de La Libertad - Leonardo Vereau Rodríguez; **Octavo:** Por lo tanto, obra en autos una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - Sala de Defensa de la Competencia, así como dos informes de la Secretaría Técnica de la Comisión de Procedimientos Concursales - La Libertad - INDECOPI, que son dependencias especializadas en el procedimiento concursal y que han emitido una opinión técnica sobre los hechos investigados, por lo que el requisito de procedibilidad establecido por Ley ha sido cumplido, tanto más si la denuncia fue interpuesta por la propia entidad especializada, esto es INDECOPI -Instituto Nacional de Defensa de

- 10 -

la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual-, en tal sentido corresponde desestimar la cuestión previa deducida. Por estos fundamentos, declararon: **HABER NULIDAD** en la resolución superior de fojas doscientos tres, emitida en audiencia pública del veintitrés de enero de dos mil doce, que por mayoría declaró: **I)** Procedente la cuestión previa deducida por el abogado defensor del procesado Fernando Lenji Iyo Shiguiyama, haciéndose extensivo a los coacusados Ángel Rodolfo Reyes Príncipe, Jorge Eduardo Ruiz Vigo, Guillermo Fortunato Álvarez León, Iván Santa María Barreto y Leonardo Efraín Vereau Rodríguez; consecuentemente, nulo el auto apertorio de instrucción; **II)** Nulo todo lo actuado con posterioridad al auto apertorio de instrucción; por lo tanto, téngase por no presentada la denuncia fiscal, anúlense los antecedentes generados con motivo de estos autos, debiendo continuar el proceso en el extremo del delito de asociación ilícita para delinquir; **III)** Dispuso se archive el presente proceso, en el modo y forma de Ley, en el extremo que corresponde al delito de insolvencia fraudulenta; **reformándola** declararon **infundada** la cuestión previa deducida, debiendo continuar la causa según su estado; y los devolvieron.-
S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

IVB/cavch

SE PUBLICO CONFORME LA LEY

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
27 MAR 2013
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA