

ACTA DE DELIBERACIÓN ADOPTADA EN CAUSA RIT 286-2018

En Santiago a veinticuatro de enero de dos mil diecinueve

Concluida la reunión de deliberación prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, esta sala del Tercer Tribunal Oral en lo Penal, integrada por los Jueces Marcela Erazo Rivera, Banca Rojas Arancibia y Claudia Santos Silva, comunicamos la **decisión unánime adoptada de absolver a Pedro Antonio Sabat Pietracaprina y Marcial Patricio Araya Hernández**, como autores del delito de Fraude al fisco (contemplado en el artículo 239 inciso 3° del Código Penal) por el que les formulare cargos el Ministerio Público y, de Malversación de caudales públicos (prescrito en el artículo 233 y 238 del Código Penal) por el que los acusó particularmente el Concejo de Defensa del Estado, desechando también, en consecuencia, la demanda civil interpuesta por el concejo en representación de la I Municipalidad de Ñuñoa. Conclusión a la que hemos arribado en atención a que **los hechos de la causa, que resultaron acreditados** de la prueba de cargo, **no configuran elemento esencial alguno, de aquellos exigidos en los tipos penales** referidos, que permita a los sentenciadores arribar a la convicción de que realmente se ha cometido un delito y en este les ha correspondido participación culpable y penada por la ley.

I.- En efecto; luego de **analizada y apreciada la prueba** libremente conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal; a la que hemos otorgado merito en lo conducente, en cuanto proviene casi en su totalidad de documentos válidamente emitidos por autoridad competente y de testigos presenciales de los hechos sobre que declaran, o de oídas directos de quienes los presenciaron, quienes razonando adecuadamente concuerdan en lo relevante y aparecen respaldados de la documentación respectiva, para dar cuenta de manera consistente y coherente de aquello que por lo demás no fue objeto de controversia; se pudo **tener por acreditado**, de acuerdo a **los hechos contenidos en la acusación, que;**

1°.- En diciembre del año 2011 la municipalidad de Ñuñoa inició el proceso de licitación pública para contratar los servicios de gestión integral de residuos sólidos domiciliarios generados en la

comuna **-cuyas bases fueron subidas a mercado público, estipulándose** en ellas una frecuencia normal de recolección de 3 veces por semana, además de **una adicional denominada también cuarta frecuencia o cuarta vuelta**, a realizarse los domingos del mes en caso de necesidad, pudiendo aumentarse o disminuirse a requerimiento del alcalde. Estipulación **que replicaba una cláusula contemplada en el contrato vigente inmediatamente anterior - 2006 a 2012-** celebrado por la municipalidad con la empresa Starco S.A. **Al efecto se tuvo en consideración,** la documental rendida, principalmente el **decreto municipal nº 1865** de 22 de diciembre de 2011 que dio inicio al proceso de licitación pública, las **bases de licitación de diciembre 2011**, el **contrato celebrado con Demarco** de 29 de marzo 2012 y con **Starco** para el periodo 2007 a 2012. Antecedente este último, meritorio, por lo demás, para la credibilidad de los dichos del alcalde en la sesión de concejo de 14 de marzo de 2012, que se relaciona con la controversia y motiva la acusación, donde explica que la contratación con la empresa Demarco, que era su propuesta de acuerdo a la recomendación efectuada por el comité de evaluación de la municipalidad, en nada variaba lo esencialmente dispuesto en cuanto al servicio adicional o selectivo (desconocido por ciertos concejales) contemplado en el contrato vigente con Starco. Cabe señalar, **en lo concerniente a la vinculación que se hace en los hechos de la acusación, entre Starco y Demarco** como empresas pertenecientes al holding KDM; que los únicos testigos de cargo que a ello se refieren son los funcionarios policiales **Navarrete y Valverde** sin que se pueda corroborar sus dichos de otro medio de prueba, especialmente algún documento que lo constate. Asimismo, **en lo que respecta a la relación personal del Sr. Sabat con KDM,** mencionada por los acusadores como **fundamento de la infracción de sus deberes funcionarios, que habría hecho prevalecer su interés personal por sobre el general de la comuna,** la única prueba que sobre el particular se refiere, de manera ambigua por lo demás, es la testimonial de la **Sra. Vera, Sr. Vergara y Sr. Castillo**, indicando sin sustento sólido en todo caso, que un hermano del Sr. Sabat trabajaba para KDM en Antofagasta y que Starco habría participado en apoyo a la

campana política de la hija de Pedro Sabat, disponiendo de camiones para el retiro de basura del comando electoral de ésta -Sra. Marcela Sabat-; sin embargo de la propia prueba de cargo, consistente en el **contrato de trabajo y finiquito del hermano de Pedro Sabat** con KDM, éste habría dejado de prestar servicios para la empresa el año 2010, de manera que a la fecha de la imputación no existía vinculación por esta circunstancia. Asimismo, respecto al camión de Starco que retiro basura del comando de Marcela Sabat, lo cierto, de la prueba presentada referida al conductor Javier Riveros y el pioneta Claudio Toledo, y expediente administrativo municipal incorporado es que ello respondió a un servicio ocasional, normal y pagado, y además fue realizado cuando el Alcalde Sabat no estaba ejerciendo sino que lo hacía Don Jorge Escárte Molina como subrogante. Por otro lado; de la prueba rendida, particularmente las sesiones de concejo, los contratos celebrados y los resultados obtenidos, solo se puede desprender de la actitud del Sr. Pedro Sabat, un actuar ajustado a los principios reguladores de la función pública, especialmente en este caso, la continuidad de los servicios y el interés general de la comuna, acorde con un desempeño ágil y comprometido con la solución del problema de manera eficiente y eficaz para la comuna.

2º.- En seguida; se probó también que el 2 de marzo de 2012, una vez **cumplida la fecha de cierre para la presentación de ofertas**; estipulada en las mismas bases de licitación pública del año 2011; las empresas **aprobadas** para pasar a la **etapa de evaluación fueron; Dimensión SA, Demarco SA y Proactiva servicios urbanos SA., cada una ocupando un lugar de orden, de acuerdo al mayor valor del monto fijo mensual ofertado para la recolección normal.** Así, en el primer lugar de la lista figuraba Proactiva SA con \$185.760.283 como la más cara, en segundo lugar estaba Demarco SA con un valor de \$166.690.283 y en tercer lugar Dimensión con \$133.200.270 la más barata. Cada una de estas empresas, ofertaba igualmente un monto **en lo relativo a la frecuencia adicional** estipulada en las bases, que **aplicando el mismo orden de ubicación en torno al mayor valor, Dimensión era la más cara con \$68.000.051, luego venía Proactiva con \$8.444.990, y la más**

barata era Demarco con \$257.040. Estas ofertas, fueron evaluadas el 7 de marzo de 2012, por el comité de Adquisiciones de la municipalidad de Ñuñoa, presidido por Roberto Epuleo Retamal en su calidad de Director (S) de Secpla, e integrado, además, por Marcial Araya, Director Jurídico, Mauricio Galle Director Dirección de administración y finanzas y Eduardo Apuente, Director de Medio Ambiente, asimismo contó con la asesoría del profesional de la Dirección de Medio Ambiente Claudio Álvarez y como Ministro de Fe actuó el secretario municipal (s) Gonzalo Zúñiga Hortuvia. De dicha evaluación **figuraron en orden de prelación, primero Demarco, luego Dimensión y por último Proactiva, considerando al efecto no solo la mejor oferta económica** en cuanto al menor valor sino también otros factores concernientes a la infraestructura, solvencia y calidad de los servicios de cada una. Lo que **se desprende particularmente** de las mismas **bases de licitación** pública mencionada, las **ofertas** contenidas en los formularios respectivos presentados por cada empresa participante, el **acta del comité de adquisiciones** de la municipalidad, además de los dichos de testigos, particularmente **Epuleo** que presidió el comité de adquisiciones. Ahora bien, **en cuanto al valor en las ofertas del servicio adicional;** que mostró una **notable diferencia entre el monto consignado por las empresas Dimensión y Demarco,** apareciendo Demarco con un monto considerablemente menor que Dimensión; lo que motivó a los acusadores atribuir una **intervención y obrar mañoso e interesado por parte de Pedro Sabat,** en aras a la consecución de sus fines personales, **actuando en concomitancia con Marcial Araya;** lo cierto es que **de la prueba de cargo,** reservando la defensa ante la renuncia de los acusadores, al **testigo Señor Epuleo,** en su declaración al efecto éste explicó la razón, señalando que se debió a que los cálculos respectivos se hicieron de distinta manera por las empresas, puesto que no se expresó con precisión en las bases el coeficiente para el ítem del servicio adicional, aclarando en cualquier caso que en la etapa de preguntas y respuestas, a la que tienen acceso todos los participantes y es pública, se preguntó al respecto respondiéndose que el cálculo debía ser por camión, es decir unitario, lo que al parecer solo entendió Demarco ya que Dimensión lo

hizo por flota mes. Explicación que coincide con lo declarado por el **testigo Sr. Amado**, representante de Dimensión, mencionando haber realizado el cálculo de ese modo. Cooperó al respecto también la prueba documental y evidencia acompañada, consistente en las **preguntas y respuestas** correspondientes al proceso de consultas, coherente con lo relatado por Epuleo y por el testigo Señor **Valverde**, que en aras de su conocimiento en materias contables, explica la fórmula empleada por Dimensión y Demarco para el cálculo, aclarando en su análisis que de considerar la aplicada por Dimensión, pero para un valor unitario, su oferta sobre la cuarta frecuencia o servicio adicional habría sido de aproximadamente \$ 251.000, es decir **en ningún caso** considerablemente mayor, o dicho de otra manera, **el valor ofertado por Demarco no es considerablemente menor que el valor unitario que ofertaba Dimensión por el mismo servicio. Así las cosas**, si bien es cierto la oferta de Dimensión aparecía ostensiblemente más cara y Demarco más barata, ello obedecía a considerar el valor total ofertado, sin tener en cuenta que la diferencia se debía a la distinta forma de hacer el cálculo para el servicio adicional, lo que hicieron las empresas sin intervención de los Señores Sabat y Araya, es más quienes pudieron intervenir al efecto era el comité respectivo cuya labor fue aclarar las preguntas en la etapa correspondiente, sin poder señalar en la aclaración ni en etapa alguna del proceso que el valor ofertado se multiplicaría por 4 pues de ese modo estarían vulnerando el principio de igualdad de los oferentes perjudicando al que entendió bien y beneficiando al lo hizo mal. **De tal manera no parece vislumbrarse una intervención al respecto menos engañosa.**

3° Continuando con el análisis de lo probado; en lo relativo a la selección de Demarco como propuesta recomendada al alcalde Sabat y las sesiones de concejo municipal en que se debía aprobar. Se acreditó efectivamente; que el 7 de marzo de 2012 se reunió **el comité de adquisiciones** de la municipalidad para evaluar las ofertas aprobadas. **En lo relativo al ítem de la frecuencia adicional; se evaluó la propuesta económica**, multiplicando por 4 el valor ofertado, no obstante no señalarse con exactitud en las bases, teniendo presente la explicación del servicio contenida en las bases y la

aclaración en la etapa de preguntas y respuestas. Y, en cuanto a **la oferta técnica**, no habiendo señalado la ponderación del servicio en razón de su carácter y circunstancias, se consideró entre otros antecedentes, la historia de cada empresa, la infraestructura con que contaba cada una y particularmente la calidad de los camiones; de todo lo cual se **concluyó recomendar a Demarco como propuesta del alcalde para la adjudicación y contratación, puesto que** no solo se consideró el menor precio ofertado sino la calidad de los servicios prestados y la solidez de la empresa que los ofertaba.

Ahora bien; sin desviarnos en el análisis de aquello en que habría consistido la infracción y vulneración de principios de los deberes funcionarios en este caso, referida según los acusadores, **a multiplicar por 4 el valor ofertado para el servicio adicional, no habiéndose informado así en las bases;** lo cierto es que de acuerdo a lo señalado por el testigo **Epuleo** además de lo referido por la testigo **Mora, no podría haberse aclarado la situación en este sentido sin vulnerar el principio de igualdad de los oferentes.** Y en cualquier caso **tal operación fue realizada por el comité de Adquisiciones,** en el que no participa ni participó el alcalde, y en cuanto al asesor jurídico Sr Araya que sí estuvo en dicho comité, la imputación que motivó la acusación en este juicio dice relación con que efectuó un pronunciamiento ilegal respecto a la aplicación del silencio administrativo que motivó la adjudicación y contratación a Demarco, por lo que esta circunstancia le es inoponible Así las cosas, **quienes habrían cometido la infracción, administrativa, de existir, podrían ser los que confeccionaron las bases o efectuaron la evaluación pero no el alcalde de la época Sr. Sabat ni el abogado Marcial Araya; y, en** cualquier caso, tal infracción no conduce a considerar la existencia de un ardid en las bases sino solo una omisión, que de haber efectuado el cálculo las empresas participantes, considerando la respuesta entregada en el proceso respectivo, no habría existido una gran diferencia en el monto para el ítem aludido. En suma; **en lo que respecta a la imputación delictiva efectuada por los acusadores a Sabat,** que ninguna injerencia tiene ni tuvo en el proceso de confección de las bases o en la etapa de preguntas y

respuestas como tampoco en la selección y evaluación de las empresas oferentes, la situación descrita en cuanto al mayor valor de Demarco en relación a las otras ofertas presentadas nada dice; como tampoco, respecto a la imputación del **abogado Señor Araya**, considerando que esta dice relación con la confección de un informe en que estima aplicable el silencio administrativo, y haber visado y validado la adjudicación a demarco y su contratación. **A mayor abundamiento**, advertimos **de la documental rendida**, específicamente de las bases de licitación, que efectivamente contienen ciertos elementos o datos útiles para hacer el cálculo, de otro modo solo Demarco habría ofertado, sin embargo fueron más de 3 empresas las que lo hicieron, pudiendo todas igualmente efectuar consultas o al menos atender a las efectuadas por otras empresas para salvar sus dudas, por lo que en tales omisiones no se vislumbra un actuar doloso, menos de los acusados. **En seguida, respecto a la oferta técnica;** teniendo presente que Dimensión no cumplía con los requisitos del camión USL requerido, dejándose constancia al respecto en una nota en el acta de comité, se privilegió a Demarco por su mejor infraestructura y calidad ofrecida, teniendo en cuenta; la alta inversión para la adquisición de equipos que incluyen 22 camiones, barredoras, 60 contenedores, nº adecuado de trabajadores y otras, lo que fue considerado por lo demás por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago al resolver sobre el recurso de ilegalidad presentado al respecto, rechazándolo. Lo que **se pudo acreditar**, entre otros medios de prueba, de las **bases de licitación pública**, la resolución de la corte que rechazó el recurso de ilegalidad, los dichos del **testigo Epuleo** y el **acta de comité en la que se destaca la nota** respecto a la falencia del camión de la empresa Dimensión.

Posteriormente, en lo concerniente a las sesiones de concejo para la aprobación de la propuesta del alcalde, se pudo establecer de la prueba, que se realizaron 3 sesiones como se indica en la acusación. La primera **el 7 de marzo de 2012**, al que asistieron todos los concejales y **Sabat presentó su propuesta** sugerida por el comité de evaluación, sin embargo no hubo pronunciamiento, acordándose por unanimidad enviar los antecedentes a la comisión de presupuesto y finanzas para su estudio y posterior

informe. La segunda, celebrada el **14 de marzo de 2012**, en la que se produjo una discusión acerca del servicio adicional o cuarta frecuencia ofertada por Demarco, **existiendo dudas en ciertos concejales** respecto a en qué consistía el servicio y la razón del monto del valor ofertado, **requiriendo más antecedentes para un mejor estudio**, señalando no estar en condiciones ni disposición de aprobar la propuesta del alcalde, por lo que efectuaron una votación, cuyo resultado fue que 5 concejales votaron en contra y 4 a favor. De esta manera, **en la siguiente sesión ordinaria de concejo, convocada para el 21 de marzo de 2012 iba a discutirse nuevamente la propuesta**; como se indica expresamente en los hechos de la acusación en el **párrafo décimo primero en el auto de apertura**; sin embargo dicha sesión **no se realizó por falta de quórum**. Al efecto **declararon en congruencia los concejales Zhari, Vera, Castillo, Fernández, Rosasco, Labbé, y Vergara, además de los testigos Claudio Alvarez, Roberto Epuleo, y Mauricio Gallé**, manifestando consistente y coincidentemente que si bien recibieron los antecedentes para el cumplimiento de la labor encomendada en sesión de 7 de marzo de 2012, no tuvieron tiempo para hacer el estudio por tener que cumplir otras funciones principales, públicas también, que impidieron dedicarle el tiempo necesario, por lo que en sesión de 14 de marzo de 2012 no se encontraban en disposición de aprobar y requirieron un cuadro comparativo con otras comunas además de tiempo para un mejor estudio. Lo que se percibe del **video** proyectado en audiencia que contiene la filmación de la sesión de 14 de marzo. Colaborando también al respecto, particularmente a la falta de pronunciamiento para la aprobación de la propuesta en la sesión de 14 de marzo y la existencia de la citación a sesión de 21 de marzo para tratar el tema, los **testigos Epuleo, Marcial Araya, entre otros**, además de la **documental** consistente en las **citaciones a concejo** con los datos de la documentación que se adjuntó, las **actas respectivas** y la prueba de la defensa que aportó fundamentalmente al efecto. De tal modo, **los testimonios de aquellos concejales que declaran que no concurrieron al concejo para el que fueron citados el 21 de marzo porque ya estaba zanjada la situación entendiéndose que se**

había rechazado la propuesta del alcalde, es incongruente con la acusación, en perjuicio de la parte que los presenta, puesto que en los hechos contenidos en el auto de apertura, se indica expresamente, que en la sesión de 21 de marzo se iba a discutir nuevamente la propuesta.

4°.- Ahora bien; en el escenario existente luego de la sesión de 14 de marzo de 2012, se acreditó también, que a solicitud del alcalde, **el abogado Marcial Araya**, director de asesoría jurídica de la municipalidad, **preparó un informe**, firmado por él y por el contralor municipal –Mario Araya- **contenido en oficio 17/12 de 16 de marzo de 2012, en el que** analizando e interpretando las normas legales respectivas (Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades), particularmente fundado en un **dictamen de la contraloría -31.353** del año 2006- **sostiene que no hubo pronunciamiento a la propuesta del alcalde** puesto que atendidas las circunstancias de que la contratación de los servicios excedería el periodo alcaldicio de Sabat, se necesitaban los 2/3 de los votos para aprobar, **de modo que podía adjudicarse la licitación a Demarco haciendo uso del silencio administrativo**, una vez transcurrido el plazo exigido y luego de celebrada la sesión de concejo de 21 de marzo de 2012 si en esta tampoco existiere pronunciamiento. Información utilizada por **el alcalde Sabat**, que **una vez cumplidas las condiciones, adjudicó la licitación a Demarco el 28 de marzo de 2012 y efectuó la contratación el 29 de marzo de 2012**. Adjudicación y contratación **visadas por Marcial Araya que las validó** con su media firma estampada en los documentos. **Coopera al efecto, la documental** contenida en el informe de **oficio 17/12**; el **decreto 428 de 28 de marzo de 2012 que adjudica** la licitación a Demarco, y el **contrato de 29 de marzo de 2012**, entre otros, además del **testimonio de Marcial Araya** que reconoce su intervención al respecto y los dichos de **Epuleo** como testigo presencial y de **oída directo del Asesor de medio ambiente Sr Apuente**, hoy fallecido, además del dictamen 31.353 de la contraloría incorporado en audiencia de su lectura completa.

5°.- Si bien es cierto, en razón de la contratación efectuada por la municipalidad de Ñuñoa a Demarco, **durante la ejecución del**

contrato, debió pagar el monto fijo por el servicio pactado, correspondiente a \$166.690.283, cantidad superior a la que habría debido pagar si se hubiere adjudicado la licitación a Dimensión. Lo cierto es que de sumar al monto fijo el valor del servicio adicional o cuarta frecuencia, lo pagado a Demarco no resulta ostensiblemente mayor. Por lo demás el cálculo efectuado para arribar a la afirmación contraria por parte de los acusadores, se basa en una situación hipotética sobre un hecho incierto. Así entonces, que el contrato con Demarco ocasionó gastos millonarios al fisco producto del pago por los servicios prestados, es evidente, pues solo es producto de la obligatoriedad de pagar el precio contratado. No hay un análisis contable que permita llegar a la conclusión de la existencia de una pérdida, menos de haberse distraído o desviado un monto específico que originare perjuicio, para lo cual habría que tener claro la existencia de un fondo entregado a la municipalidad para el gasto en cuestión y su faltante. Así las cosas, y teniendo presente por lo demás, de los antecedentes vertidos en audiencia, que Demarco presentaba infraestructura y maquinaria de mayor calidad que Dimensión, favoreciendo así el interés general de la comuna, **no se ha actuado en la contratación de Demarco de parte de Sabat y Marcial Araya con infracción a los deberes funcionarios y mucho menos en perjuicio del fisco** en los términos de originarle una pérdida conforme a la existencia de un delito de fraude en su contra, pérdida de la que por lo demás no hay prueba. De este modo el proceder del alcalde en la contratación de Demarco y de Marcial Araya como asesor jurídico, fue transparente e imparcial, ausente de un interés personal, al igual que el proceder del comité de evaluación en la totalidad de los integrantes, quienes efectivamente serían los responsables de la infracción a sus deberes funcionarios en este aspecto; que de existir en todo caso, no constituye un delito penal en los términos impetrados por los acusadores.

En resumen, en definitiva, lo que se ha podido acreditar, conforme la prueba rendida, congruente con lo expresado en la acusación, en lo pertinente a configurar algún tipo penal, no hay indicio alguno. En efecto; lo probado **es** que la municipalidad de Ñuñoa, representada por su alcalde Sabat, el año 2012 adjudicó la licitación

para la recolección de residuos domiciliarios en la comuna, a la empresa Demarco SA, seleccionada por el comité de evaluación de la municipalidad para la propuesta del alcalde al concejo municipal; concejo que no se pronunció en el tiempo exigido en la ley, por lo que cumpliéndose este requisito y las demás exigencias legales, aplicándose el silencio administrativo se adjudicó a demarco la licitación y contratación de los servicios de recolección de residuos domiciliarios, pagándose en consecuencia el valor estipulado en el contrato. Asimismo, se pudo establecer que para proceder de tal modo, el alcalde solicitó al departamento de control y asesoría jurídica de la municipalidad, un informe sobre la aplicación y procedencia del silencio administrativo, el que fue preparado por el abogado del departamento -Marcial Araya- quien además visó la adjudicación y contratación efectuada. Abogado que en la calidad de asesor jurídico de la municipalidad, validó también con su media firma, la resolución recaída en un reclamo de ilegalidad presentado por ciertos concejales contra el decreto de adjudicación, rechazándolo en la forma y en el fondo. Hechos y circunstancias que no configuran delito alguno, dictándose sentencia absolutoria en consecuencia.

Claramente la adjudicación de la licitación y contratación de la empresa Demarco, no fue producto de la decisión unilateral del alcalde Sabat, ni de la utilización de un subterfugio referido a la aplicación del silencio administrativo para su aprobación, basado en un pronunciamiento ilegal del abogado Marcial Araya sobre la aplicación del silencio administrativo; como tampoco fue producto del afán del alcalde Sabat de hacer su voluntad haciendo prevalecer un interés personal en el ejercicio de sus funciones públicas por sobre el general de la comuna; **para lo cual,** según los acusadores, **habría tratado de torcer la voluntad de los concejales** que tenían dudas sobre la propuesta, especialmente sobre la frecuencia adicional y su costo o se oponían a ella por considerarla perjudicial a los intereses de la comuna. En lo que pudimos concluir, de la misma prueba referida, y particularmente además de las declaraciones de los propios concejales opositores, que compareciendo como testigos a juicio; a quienes se les exhibió para su reconocimiento,

la video grabación de la sesión de 14 de marzo de 2017 acompañada como prueba material; indicaron que ni siquiera habían revisado los antecedentes remitidos en su oportunidad para su análisis y estudio; desconocer lo que era la frecuencia adicional, y gran parte de ellos además la realidad de la comuna, justificándose en razón de sus empleos, públicos también la mayoría, que les impedía destinar tiempo adicional a la tarea de concejal. Al efecto advertimos entre otros los dichos de la testigo Fernández que se refiere al servicio adicional como la cuarta algo. **En definitiva, lo que se desprende de la prueba a este respecto es que no había una voluntad contraria que torcer,** sino que no existía voluntad, puesto que había un desconocimiento del tema, por falta de tiempo para dedicarse a su estudio, según algunos, de modo que la actitud del alcalde en esa sesión de 14 de marzo de 2012, lejos de responder al intento de torcer lo inexistente, más parece haber sido producto de la irritación en razón de las circunstancias ante la urgencia de resolver el tema en beneficio de la comuna.

6°.- En seguida, particularmente en cuanto a las acciones impetradas por los denunciantes contra la conducta del Alcalde Sabat y el abogado Araya, concretada en la adjudicación y contratación de la empresa Demarco; fundada en la aplicación ilegal de la normativa vigente, particularmente en cuanto a la aplicación del silencio administrativo, lo que concretamente motivó este juicio; se pudo probar, que **los concejales Fernández, Vera, Vergara, Guerrero y Castillo, presentaron reclamo de ilegalidad contra el decreto municipal de adjudicación** n° 428 de 28 de marzo de 2012 suscrito por el alcalde Sabat y visado por el asesor jurídico Marcial Araya, el que fue **rechazado por resolución de 25 de abril de 2012 suscrita por el alcalde (s) y secretario municipal (s), resolución preparada y validada con su media firma por Marcial Araya,** en la que se expresaba que no habiendo pronunciamiento a la propuesta del alcalde, cumplidas las exigencias respectivas, procedía por aplicación del silencio administrativo adjudicar la licitación a la propuesta presentada. Tal como se desprende del **documento que contiene el reclamo de ilegalidad** y la resolución respectiva y del **decreto municipal n° 572 de 25 de abril de 2012 que rechaza en la forma y en el fondo el**

reclamo interpuesto. Asimismo, se pudo acreditar que los denunciantes, **recurrieron también a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago interponiendo recurso de ilegalidad por los mismos hechos,** y por resolución fundada **se rechazó en la forma y en el fondo.** Como se constata de la resolución acompañada en audiencia incorporada de su lectura completa contenido en **fallo pronunciado por la Sexta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago rol 2635-2012.**

II.- Finalmente; a pesar de haber sido ya analizado de alguna manera en los puntos anteriores; para efectos de claridad de la audiencia y salvar cualquier duda del análisis del caso sometido a la decisión del tribunal sobre lo sustancial y pertinente controvertido, y que **dice relación con las actuaciones cuestionadas a los acusados que pudieren encuadrarse en los tipos penales mencionados. Es decir; que el Señor Sabat** actuó privilegiando el interés personal sobre el general, faltando a los deberes funcionarios al usar el silencio administrativo para la adjudicación y contratación de los servicios de la empresa Demarco, que era a todas luces improcedente conforme a la normativa legal, usándolo como subterfugio ilegal para la consecución de sus fines personales. **Y; Don Marcial Araya,** realizó un pronunciamiento ilegal al efectuar el informe en que estimaba aplicable el silencio administrativo para proceder a la adjudicación y contratación de demarco, basado en la interpretación ilegal de la normativa vigente, visando en consecuencia la adjudicación y contratación que suscribió el alcalde Sabat como también la resolución que rechazó el reclamo de ilegalidad, es absolutamente improcedente.

Ahora bien; conforme la descripción del hecho típico **en cada caso,** la conducta **que en los ilícitos en cuestión haría responsables penalmente a los autores,** consistente en defraudar al fisco en los negocios que intervienen en razón de su cargo originándole pérdidas, en un caso; **y, en** sustraer para sí caudales públicos o fondos municipales que tengan a su cargo, en el otro. **Ambas conductas cometidas en la calidad de empleado público del autor; de la que inmediatamente advertimos no hay duda que de ella gozaban en su oportunidad los acusados (2011 y 2012) –el Sr. Sabat como**

Alcalde de la I Municipalidad de Ñuñoa y el Sr. Araya como director jurídico de la misma- condición que por lo demás no fue materia de discusión ni debate como tampoco **que en dicha** virtud intervinieron en la adjudicación y contratación de la empresa Demarco, **celebrada el 28 y 29 de marzo de 2012 respectivamente,** para la prestación de los servicios de recolección **normal de residuos domiciliarios y recolección selectiva de elementos reciclables, servicio de limpieza urgente y servicio de limpieza de papeleros, en la comuna; vigente por el periodo 2012 a 2018; pagándose debidamente el precio estipulado durante la vigencia del contrato, que ocasionó un gasto al fisco, en razón de la contratación mencionada,** correspondiente a millones de pesos por el cobro mensual de los servicios prestados. **Además de no ser objeto de controversia se pudo acreditar de la prueba rendida apreciada válidamente.**

Asimismo, despejando también de inmediato, **para dilucidar cualquier duda** respecto a los hechos, es incuestionable **igualmente; la existencia del gasto realizado por el fisco, en millones de pesos,** por el pago de los servicios. Disposición patrimonial que **no implica una pérdida;** o al menos esta circunstancia no ha sido acreditada de la prueba producida; como tampoco supone un perjuicio **en términos de un faltante de fondos que hubiere sido distraído, sustraído o apropiado** por los acusados para beneficio propio o de un tercero. Así; la rendida al efecto a través del **testigo Valverde,** que da cuenta de la existencia de un perjuicio para el fisco, calculado ante la eventualidad de haberse contratado una empresa que ofertó un precio más barato, no contribuye a determinar la pérdida, ya que claramente se basa en un hecho condicional e incierto que no sabemos si habría podido ocurrir, de tener en cuenta de la misma prueba, la existencia de una nota respecto a la empresa -Dimensión- que pasó al proceso de selección al igual que Demarco, expresando que no contaba con el camión especial requerido en las bases de licitación. Y, por otro lado, porque no hay indicio alguno de un caudal específico entregado a los acusados, al que pueda restársele cualquier cálculo en razón del pago de los servicios prestados por Demarco.

Ahora bien; salvado lo anterior, distinguimos inminentemente la **dificultad en la imputación delictiva atribuida a los acusados**, resultante de la ausencia de pérdida para el fisco originada por la adjudicación y contratación de Demarco para los servicios de recolección basura en la comuna de Ñuñoa, en la que intervinieron en ejercicio de sus cargos como funcionarios públicos; asimismo como en la imposibilidad de establecer la sustracción, para sí o terceros, de caudales públicos o fondos municipales que hubieren tenido a su cargo, de lo que no hay prueba. **Circunstancias que forman parte de los elementos del tipo.** Dificultad a la que **se suma, que la conducta** atribuida a encuadrar en el verbo rector del tipo para sancionar al autor, **dice relación con una cuestión de derecho, que ha sido zanjada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago rechazando la ilegalidad del decreto que permitió adjudicar y contratar a Demarco por la municipalidad de Ñuñoa para la recolección de residuos domiciliarios**, en términos que impide configurar el fraude o acción de defraudar, elemento esencial del tipo, por lo que; en lo que respecta al ilícito de Fraude al Fisco, el obrar de los acusados no queda comprendido en dicho delito. **Y**, en el caso de la imputación de Malversación de caudales públicos, mucho menos, puesto que no hay indicio alguno de la existencia, de al menos un germen de ilicitud conforme la descripción del mismo.

En lo específico; relativo a la conducta **relacionada con el silencio administrativo que permitió la adjudicación y contratación de Demarco**; esto es; pronunciamiento ilegal efectuado por el **acusado Araya**, que no se ajustaba a la realidad de lo acontecido, especialmente en sesión de 14 de marzo de 2012, una semana después de la presentación de la propuesta del alcalde, en que se votó por todos los integrantes y asistentes al concejo rechazándola por 5 votos contra 4 a favor, situación que de acuerdo a la normativa legal vigente no permitía aplicar el silencio administrativo. Pronunciamiento, usado por el **Alcalde Sabat** para dictar el **decreto respectivo como subterfugio ilegal** para la adjudicación y contratación de Demarco. Sostienen **los acusadores** que regía la materia, la ley 18.695 que en su artículo 65 letra j) y 82 letra c)

requiere para el caso concreto, de los 2/3 de los votos para aprobar, es decir 6, y obteniéndose 4 a favor y 5 en contra evidentemente se había rechazado. La defensa por su parte, estimando que la norma aplicable era el artículo 65 la letra i) de la Ley, en relación al artículo 86 del mismo cuerpo legal, y conforme los dictámenes de la contraloría, interpretó que para aprobar a favor o en contra se requería de los dos tercios de los miembros del Concejo en ejercicio, y no habiendo ello ocurrido en la sesión de 14 de marzo de 2012, reuniéndose los requisitos de tiempo exigido además de aquellos relativos al monto de la oferta y la extensión de su vigencia a un periodo alcaldicio posterior, de no contarse con los 2 /3 del quórum se aplica el silencio administrativo. Cabe señalar que **de la prueba rendida al efecto, consideramos sustancialmente la sentencia recaída en el recurso de ilegalidad** interpuesto por ciertos concejales de Ñuñoa, contra los mismos imputados y sobre la misma materia, que resolviendo el asunto rechazó la ilegalidad del decreto de adjudicación a la empresa Demarco, **produciéndose en consecuencia el efecto de cosa juzgada;** resulta improcedente analizar los hechos ya resueltos; por lo que es incuestionable que las acciones realizadas por Marcial Araya Y Pedro Sabat para concluir en este y las posteriores que permitieron la ejecución del contrato con dicha empresa, fueron cometidas en ejercicio de su función pública, exenta de reproche y culpabilidad que pudiere sancionarse en sede penal, no configurando su conducta respecto a los hechos ventilados en juicio alguna infracción a sus deberes funcionarios o una acción delictiva en los términos por los que se le ha acusado.

A mayor abundamiento, **cabe señalar además que de acuerdo a un informe emitido por la Contraloría** sobre un macro proceso de auditoría sobre las concesiones de servicio de recolección de residuos efectuadas por las municipalidades, informe final n°17-2013 emitido el 24 de septiembre de 2013, **en el que se expresa que** "el 21 de marzo de 2012, en sesión ordinaria n°8 del concejo se llevó de nuevo a tabla la adjudicación en comento, sin embargo dada la presencia solo del alcalde y 2 concejales, se declaró la falta de quorum para celebrar la sesión; por tanto al no existir un pronunciamiento del concejo dentro del plazo de 20 días, contados desde la fecha de que se da cuenta del requerimiento

formulado por la autoridad, debe entenderse que rige lo presupuestado por esta, conforme lo establecido en el artículo 82 letra c de la LOC de municipalidades” **no se hizo observaciones en cuanto a la existencia de irregularidades en el proceso realizado por la municipalidad de Ñuñoa.** En contra de este informe, **el concejal Vergara pidió reconsideración argumentando que se cometió un error por la contraloría, y a petición de la concejala Sra. Fernández que solicitó se informara al efecto, la contraloría por oficio 024009 de 31 de marzo de 2016, expresó;** que las conclusiones del macro proceso efectuado están contenidas en el informe final 17-2013, y **que al incidir la solicitud de Vergara en una materia que en su oportunidad fue objeto de un recurso de ilegalidad ante la Iltma. Corte de Apelaciones, por disposición del artículo 6 inciso 3° de la ley 10.336 debe abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre el particular.** Finalmente los denunciados, ocurrieron al **Ministerio Público motivándose este juicio.**

Juicio, que de acuerdo a las alegaciones de las partes, prueba rendida en congruencia, de la manera analizada en lo fundamental, y normativa legal pertinente, existiendo pronunciamiento al efecto en distintas instancias, particularmente por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, existiendo cosa Juzgada al respecto; se puede concluir que no existió ilegalidad alguna en el proceso de licitación y adjudicación de la empresa Demarco por la Municipalidad de Ñuñoa, de tal modo que no hay obrar de los acusados que corresponda sancionar en esta sede. Y de los antecedentes vertidos en juicio no se vislumbra indicio alguno que dé cuenta de una acción delictiva, ni de infracción a los deberes funcionarios a causa de la cual se haya ocasionado un perjuicio al fisco de modo de constituir autoría en un delito de fraude o malversación de caudales públicas.

Que por las razones contenidas en la decisión precedente, el tribunal condenará en costas a los acusadores.

Un mayor y mejor análisis de lo debatido será objeto del texto del fallo que será redactado por la Magistrada Claudia Santos Silva, y

comunicado el día jueves 07 de febrero del año en curso a las 16:30. En caso de adelantarse la referida lectura será comunicada de forma oportuna a los intervinientes a sus correos electrónicos.

En atención a la decisión absolutoria, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 347 del Código Procesal Penal, déjense sin efecto las medidas cautelares que existiesen al efecto tomándose nota del alzamiento en todo índice o registro público en que figuraren.

RUC 1300384594-4

RIT 286-2018

Pronunciada por la sala del Tercer Tribunal Oral en lo Penal, integrado por las magistradas Titulares Marcela Erazo Rivera, Blanca Roja Arancibia, y Claudia Santos Silva.