

MATERIA : QUERELLA CRIMINAL
QUERELLANTE : PROACTIVA SERVICIOS URBANOS S.A.
RUT 8.884.200-2
DOMICILIO : AVENIDA APOQUINDO N° 4775, OFICINA 701, LAS CONDES
PATROCINANTE
Y APODERADO : DARIO FERNANDO SILVA VILLAGRÁN
DOMICILIO : MIRAFLORES N° 222, PISO 7°, SANTIAGO
QUERELLADOS : TODOS QUIENES RESULTEN RESPONSABLES

EN LO PRINCIPAL: Se querella por delito que indica; **PRIMER OTROSÍ:** Diligencias cuya práctica se solicita al Ministerio Público; **SEGUNDO OTROSÍ:** Señala forma de notificación; **TERCER OTROSÍ:** Acompaña documento; **CUARTO OTROSÍ:** Se tenga presente; **QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

S. J. DE GARANTÍA (°)

DARIO FERNANDO SILVA VILLAGRÁN, abogado, cédula de identidad número 14.499.146-k; en representación según se acreditará de **"PROACTIVA SERVICIOS URBANOS S. A."**, sociedad comercial del giro transporte y disposición de residuos, ambos con domicilio en calle Miraflores N° 222, piso 7°, Santiago, a US. digo:

Que en la representación que investimos, y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 113 del Código Procesal Penal, venimos en interponer querella en contra de **quienes resulten responsables de los delitos de Cohecho pasivo propio, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, y Soborno, previsto y sancionado en el artículo 250 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de otros ilícitos que se puedan acreditar en el curso de la investigación, tales como Negociación Incompatible, Fraude al Fisco, Malversación de Caudales Públicos, Revelación de Secretos, Asociación Ilícita u otros, y sin perjuicio que en relación al segundo de los ilícitos mencionados, se pueda atribuir Responsabilidad Penal a una Persona Jurídica, de conformidad a lo establecido en la Ley**

20.343, todo, según se desprende de los hechos que se relatarán circunstanciadamente más adelante.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Para mayor comprensión de tan complejo asunto, previamente abordaremos el origen y situación actual de los rellenos sanitarios en la Región Metropolitana, lo que permitirá entender a cabalidad el desarrollo de los ilícitos en cuestión.

2. Actualmente, en la práctica, hay sólo cuatro empresas que compiten en el mercado de tratamiento y disposición de residuos domiciliarios en la Región Metropolitana. A saber: Relleno Sanitario Santa Marta, de Consorcio Santa Marta S.A.; Loma Los Colorados, de propiedad de la empresa Kiasa Demarco S.A. (en adelante, KDM); Gestión Ecológica S.A., conocida como GERSA; y, la compañía que representamos, Proactiva Servicios Urbanos S.A. (en adelante, PROACTIVA), y que interpone esta acción penal en su calidad de víctima, debido a que los hechos que se indicaran más adelante, dicen relación con un competidor directo de ella, que por cierto tiene el derecho de participar en las licitaciones públicas a que llamen los Municipios de la Región para la contratación de estos servicios.

3. Es así, que en fecha reciente, en la licitación pública llamada por la Municipalidad de Huechuraba y la de San Joaquín, las que no renovaron el contrato que tienen con KDM, tanto esta última como nuestra representada presentaron ofertas en la primera de ellas, entre otros oferentes; y, en la segunda lo hizo sólo mi representada, entre otros oferentes.

4. Es decir, nuestra representada tiene el derecho (y efectivamente lo ejerce) para competir libremente en el mercado de la disposición y tratamiento de residuos domiciliarios en la Región Metropolitana.

5. El indicado mercado de tratamiento y disposición final de residuos sólidos en la Región Metropolitana está dominado por las licitaciones que en el tiempo se han realizado por las distintas Municipalidades, respecto de los residuos domiciliarios, lo que ha significado que a la fecha existan

en operación solo tres Rellenos Sanitarios, dos de ellos además con una Planta de Transferencia asociada. Ellos son, Lomas los Colorados (KDM), Santa Marta y Santiago Poniente (PROACTIVA), no contando éste último con Planta de Transferencia asociada.

6. Por otra parte, es necesario consignar que además cuentan con aprobación ambiental, pero no operan en la actualidad, el Relleno Sanitario Monte Pelán, cuyo titular es Besalco S.A., el Relleno Sanitario El Rural de Proactiva Servicios Urbanos S.A., la Planta de Tratamiento Integral de Residuos Cerro La Leona de la empresa Gestión Ecológica de Residuos S. A., el Centro de Manejo de Residuos Reciclables Zona Sur de ECOBAS Tecnología y programas Reciclables S.A. y las dos Plantas de Transferencia de la empresa Gestión Ecológica de Residuos S.A., ubicadas una Quilicura y la otra en San Bernardo.

7. Durante la década de los ochenta, las Municipalidades del Gran Santiago se dividieron para los efectos de las disposición final de residuos domiciliarios en dos grupos, el primero, fue el Consejo de Alcaldes Cerros de Renca –sin personalidad jurídica-, que licitó estos servicios el año 1995 originándose el relleno Loma Los Colorados de Kiasa Demarco S.A. (KDM) agrupando a los Municipios de Conchalí, Pudahuel, Cerro Navia, Huechuraba, Independencia, Lampa, Las Condes, Lo Borneo, Lo Prado, Quilicura, Quinta Normal, Recoleta, Renca, Vitacura y Santiago (en aquella parte que originó las Comunas de Recoleta e Independencia), y el segundo grupo, que originó la sociedad de responsabilidad limitada denominada Empresa de Tratamiento de Basuras Ltda., o Emeres Ltda.(en adelante EMERES), cuyos socios son la Municipalidades de La Reina, Ñuñoa, Peñalolén, Macul, La Florida, San Joaquín, Providencia, La Granja, San Miguel, Pedro Aguirre Cerda, Lo Espejo, La Cisterna, San Ramón, El Bosque, La Pintana, Cerrillos, Estación Central, Santiago y Maipú; en ambos casos, las municipalidades socias o integrantes de cada grupo han variado producto de la nueva división comunal que rige desde los años 90 en adelante, agregándose las nuevas comunas creadas al grupo de la o las comuna madre.

8. Sin perjuicio de lo anterior, algunas Municipalidades de la sociedad EMERES, como es el caso de Maipú empezaron a depositar sus residuos desde comienzos del año 2000 en Loma Los Colorados (KDM), obviando

la licitación del grupo a que pertenecía, es decir Emeres Ltda., quienes habían llamado a licitación a principios del año 2000, originándose los rellenos sanitarios de Santa Marta y Santiago Poniente, comprometiendo los residuos de sus Municipalidades socias, estimados en esa época en algo más de 100.000 toneladas mensuales. Las comunas de San Bernardo y Puente Alto, y otras de la zona utilizaban el Vertedero Lepanto, cerrado el año 2002 por la autoridad correspondiente.

9. Al agruparse las Municipalidades, entre otros beneficios, se busca evitar recorridos innecesarios de un lado a otro de la ciudad, quedando una como zona norte (Cerros de Renca) y otras como zona sur (Emeres). Sin embargo, es del caso destacar que como veníamos señalando, por distintas razones (que creíamos saber, sin perjuicio de lo que se dirá en el acápite de los hechos) algunas Municipalidades que formaban parte de Emeres empezaron a depositar sus residuos en la Estación de Transferencia de KDM y en el Relleno Loma Los Colorados, tales como Maipú, Santiago, Providencia, La Reina y Ñuñoa, y posteriormente ya efectuada y adjudicada la licitación por Emeres, las Municipalidades de La Cisterna, San Joaquín, San Miguel y Maipú, siendo todo ello de la mayor gravedad, por cuanto no se respetó la legalidad vigente, debido a que se realizó sin licitación pública y sin respeto a los compromisos y contratos suscritos. Relevancia tuvo para el desarrollo de esta irregular situación, la quiebra de la sociedad Emeres Ltda., cuyos únicos socios - como se ha dicho- son Municipalidades, la que ahora último -sin embargo- ha resucitado.

10. Entonces, según lo expresado, el mercado de tratamiento y disposición final de residuos sólidos de la Región Metropolitana reúne -teóricamente- todas las condiciones para ser un mercado abierto, y en que debería operar la libre competencia, tanto entre quienes requieren de estos servicios, como en cuanto a los prestadores de ellos. Decimos teóricamente, porque si el mercado se abriera como corresponde existirían no sólo cuatro prestadores de servicios, sino que muchos más, ya que como se señaló existen algunos que no operan pero cuentan con aprobación ambiental y que podrían ingresar al mercado; y en cuanto a quienes requieren estos servicios, al haber una real competencia, tendrían mayores alternativas para optar respecto a quien les ofrece las mejores condiciones. Prueba de lo anterior, es que en la indicada licitación llamada por la Municipalidad de Huechuraba, para el tratamiento y

disposición final de los residuos sólidos domiciliarios generados en esa comuna, presentó, por primera vez, oferta la sociedad Gestión Ecológica de Residuos, que cuenta con autorización ambiental, pero no opera ya que los "clientes están amarrados" por contratos que se renuevan indefinidamente.

11. Como se dijo, la sociedad Emeres Ltda. en el año 2000, llamó a licitación pública en representación de sus Municipalidades socias, a fin de dotar a la ciudad de Santiago de dos Rellenos Sanitarios más, que satisficieran sus necesidades, comprometiendo los residuos sólidos domiciliarios que se produjeran en esas comunas, a fin de disminuir los viajes de un extremo a otro de la ciudad. Es así como se originaron los Rellenos Sanitarios Santa Marta y Santiago Poniente (Proactiva), los que fueron autorizados para satisfacer el volumen de residuos comprometido. Sin embargo, ya adjudicada la licitación internacional, y sin respetar el compromiso establecido en los estatutos de Emeres, en cuanto a que las Municipalidades socias se obligan a depositar sus residuos en los rellenos que directamente o a través de terceros, como es el caso, opera esa sociedad, cuatro Municipios incumplieron su obligación social, y sin mediar licitación pública, alguna, extrañamente, "adhirieron" al contrato de KDM con las Municipalidades de Cerros de Renca, restando el correspondiente tonelaje a los rellenos comprometidos, con lo que la viabilidad de estos proyectos se vio muy afectada.

12. Otro antecedente que no deja de llamar la atención, es que KDM suscribió un contrato con las Municipalidades de Cerros de Renca y las que posteriormente se adhirieron, por un plazo de 16 años, con cláusula de renovación tácita ilimitada por otros 16 años, en el caso de no darse aviso antes de dos años de su término, lo cual como señalaremos tiene serias observaciones respecto de su legalidad.

13. En efecto, lo anterior, llevó a que los organismos que velan por la libre competencia pusieron sus ojos en la basura ya desde el año 1996, cuando un dictamen de la desaparecida Comisión Preventiva Central advirtió de la concentración que se da en este mercado. Alertó específicamente de los negocios ligados al Grupo KDM y recomendó que todas las licitaciones le fueran consultadas antes de su ejecución y que la Fiscalía Nacional Económica vigilara el mercado. Desde entonces los actores de la basura han estado bajo la lupa.

14. Es por eso que, de oficio, la Fiscalía Nacional Económica, recurrió ahora al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa rol 195 – 2009, en contra de la empresa KDM. Consideró que el contrato con KDM –que concentra un 58% del mercado– inhibe el ingreso de otros competidores, debido a que es de largo plazo y tiene renovación automática ilimitada por 16 años cada vez, es decir es prácticamente eterno. Además, la Fiscalía Nacional Económica, estima que en el primer período ya se amortizó la inversión y atribuye a KDM la intención de controlar el mercado, entorpeciendo la libre competencia y creando barreras artificiales.

15. El Tribunal De Defensa de la Libre Competencia esta sustanciando este proceso en contra de KDM y las Municipalidades que adhirieron a esta renovación tácita (los municipios de Huechuraba, San Joaquín y Maipú no adhirieron a esta renovación, ésta última probablemente por los motivos que señalaremos a continuación).

16. A este respecto, cabe destacar que en el intertanto la Contraloría asestó y dio serias señales de la ilegalidad de esta forma de operar por parte de KDM que hasta ahora no han sido publicitados. El 4 de noviembre, a propósito de una auditoría a las concesiones en Lo Barnechea, ordenó anular la renovación del contrato entre esa comuna y KDM. La Contraloría hizo ver que el municipio no logró acreditar la existencia del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca, al que dijo pertenecer. Además consideró que las cláusulas de renovación automática “pugnan con el principio de transparencia”, establecido en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. Por último, estimó que la coexistencia de convenios firmados con anterioridad a la legislación actual soslaya el hecho de que las “prórrogas indefinidas se ven legalmente restringidas” y “vulneraría el principio de igualdad ante la ley” consagrado en la Constitución. Por todo lo anterior, dictaminó que Lo Barnechea debía dejar sin efecto el decreto del 27 de julio de 2009 que renovó el contrato. Sin embargo, se señaló que por existir un proceso pendiente en el Tribunal de Libre Competencia, esta resolución de la Contraloría carece de efecto.

17. El 13 de enero de 2010, la Contraloría emitió un nuevo documento sobre el referido contrato, esta vez por requerimiento del Senador Alejandro Navarro, la empresa Proactiva, los municipios de Santiago y Renca y la abogada Marcela Müller. Ahí profundizó los argumentos ya esgrimidos

y agregó que las renovaciones automáticas pueden ser legales siempre que existan razones fundadas explicitadas en las bases. Sin embargo, señaló que aún en esos casos la renovación debe realizarse sólo seis meses antes de la expiración del contrato –no con dos años de anticipación– y aunque sea automática, debe aprobarla el concejo municipal. Sin embargo, a esa fecha ya la mayoría de los municipios habían renovado.

18. Cabe tener presente, que para que exista competencia real y efectiva no basta que sólo sea determinante el precio de un determinado bien o servicio, sino que también ello debe darse en igualdad de condiciones implicando que no pueden aplicarse condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que en definitiva ocasionarán al competidor más gravado una desventaja competitiva. Por ello, es necesario referirse a las Resoluciones de Calificación Ambiental de los tres principales Rellenos Sanitarios que actualmente se encuentran en operación.

19. En efecto, el Relleno Sanitario Loma Los Colorados, de KDM, fue aprobado por Resolución de Calificación Ambiental N° 990, de 27 de junio de 1995; el Relleno Sanitario Santa Marta, de Consorcio Santa Marta, fue aprobado por Resolución de Calificación Ambiental N° 433, de 3 de agosto de 2001; y el Relleno Sanitario Santiago Poniente, de Proactiva Servicios Urbanos, fue aprobado por Resolución de Calificación Ambiental N° 479, de 24 de agosto de 2001.

20. Cabe tener en cuenta en este punto que Loma Los Colorados (KDM) se sujetó en su momento a una legislación distinta, ya que el año 1995 el nivel de exigencias era mucho menor que en el año 2001, razón por la cual, en la actualidad se le aplica menores exigencias que a las otras, las cuales nacieron bajo un marco legal ambiental más exigente. Es así como un estudio elaborado por la oficina consultora "Gestión Ambiental", señala que existe una gran diferencia en el nivel de exigencias de tipo ambiental entre las resoluciones mencionadas, lo que es fácil de apreciar en la Tabla de Comparaciones, porque Lomas los Colorados (KDM) se aprobó con menor cantidad de exigencias –como se dijo–, pues se presentó en forma voluntaria el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental en 1995, momento en el cual no se había dictado el Reglamento de la Ley N° 19.300 y por lo tanto no era obligatoria la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental para desarrollar un proyecto.

Por otra parte, los Rellenos de Santa Marta y Santiago Poniente (Proactiva), a pesar de haber sido aprobados casi simultáneamente, muestran una diferencia significativa en la cantidad y el tipo de exigencias ambientales, siendo muy superiores en ambos sentidos las de este último.

21. Sobre el particular, en síntesis, concluye el informe que el relleno Loma Los Colorados cuenta con 31 exigencias ambientales, el de Santa Marta cuenta con 248 exigencias ambientales, y el de Santiago Poniente cuenta con 622 exigencias ambientales.

22. De lo señalado, se desprende que la autoridad ambiental ha permitido y permite que funcionen distintos Rellenos Sanitarios en la Región Metropolitana, con distintos niveles de exigencias ambientales, produciendo con ello a lo menos tres efectos: A) Que no resulta posible que exista una real competencia cuando la diferencia del nivel de exigencias es tan significativa, B) Que no se ha resguardado en debida forma el medio ambiente al no haberse actualizado las exigencias ambientales a la nueva legislación, que cada vez es mas estricta, y C) Que resulta, para los efectos de la fiscalización, mucho mas fácil cumplir con 31 exigencias, que con 622.

23. También en estas consideraciones previas, que desarrollan el contexto en que se producen los hechos delictivos por los que se acciona penalmente, resulta conveniente referirse a la Fiscalización que la autoridad ambiental realiza respecto del cumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental, por los distintos Rellenos Sanitarios. Al respecto cabe precisar que el Relleno Loma Los Colorados (KDM) no es objeto de fiscalización ambiental ya que se sometió en forma voluntaria a la Evaluación Ambiental, toda vez que no se había dictado el Reglamento de la Ley N° 19.300 y por lo tanto no era obligatoria la presentación de un Estudio de Impacto. El Reglamento en cuestión se dictó el año 1997, 1 año después de autorizarse Loma Los Colorados, y corresponde al Decreto Supremo N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y en él se establece la facultad de fiscalización y sancionatoria en casos de incumplimiento de las exigencias que establecen las Resoluciones de Calificación Ambiental Favorable de cada proyecto. Esta es la razón por la que siempre aparece el Relleno Loma Los Colorados (KDM) sin haber sido objeto de sanciones por parte de esta Entidad Ambiental.

24. Por su parte los rellenos de Santa Marta y Santiago Poniente, dado que el año 2001 – 2002 solicitaron su aprobación ambiental, debieron presentar un Estudio de Impacto Ambiental y actualmente reciben una rigurosa fiscalización de los requerimientos ambientales establecidos en sus respectivas Resoluciones de Calificación Ambiental, exponiéndose a eventuales sanciones por incumplimiento de los mismos. Los inicios de estos procesos de sanción deben ser previamente debatidos en un comité denominado actualmente como "Comisión de Evaluación" (Ex COREMA), en el cual participan todos los Servicios de Estado con competencia ambiental.

25. Así como existe esta Comisión de Evaluación interdisciplinaria, también existen los "Comités de Seguimiento", que reúnen en el mismo Relleno Sanitario a los especialistas técnicos de cada uno de los servicios públicos fiscalizadores, en conjunto con representantes de las comunidades aledañas a estos proyectos, y tienen por objetivo realizar inspecciones colectivas y simultáneas a los rellenos.

26. De estos Comités de Seguimiento pueden derivar solicitudes de sanciones, que luego son aprobadas en la Comisión de Evaluación. Cabe señalar además, que éstos son procesos de conocimiento y acceso público.

27. El caso del Relleno Sanitario Loma Los Colorados (KDM) es diferente. La fiscalización e incumplimientos de su proyecto no se tramita por medio de la Comisión de Evaluación, sino que es fiscalizado solamente por la Seremi de Salud y en materias de índole sanitaria exclusivamente, de manera independiente y no mancomunado como sucede con los otros dos Rellenos Sanitarios y además sin la periodicidad permanente de fiscalización, sino que sólo cuando hay denuncias o se agenda algún incumplimiento, el proceso de sanción, o sumario sanitario correspondiente, tiene carácter reservado. En los otros rellenos existe la fiscalización ambiental es efectiva y esta destinada a verificar y controlar el cumplimiento de las respectivas Resoluciones de Calificación Ambiental.

28. Además de las distinciones recién descritas, dentro de lo cual se destaca la gran diferencia, temporal y cualitativa, respecto a la frecuencia con que son fiscalizados estos proyectos, sucede que tampoco se aplica un criterio uniforme para ello.

29. Por esta razón, al señalar que el Relleno Sanitario Loma Los Colorados no ha sido objeto de sanciones ambientales nos encontramos frente a una verdad a medias que induce a errores, pues la actual Autoridad Ambiental no lo ha fiscalizado, por el vacío legal que se genera producto que este relleno fue autorizado previo al Reglamento de la ley de Bases de Medioambiente.

30. También, en lo relativo a las sanciones impuestas por entidades fiscalizadoras independientes a la Autoridad Ambiental, como por ejemplo la Autoridad Sanitaria, existe una diferencia en la ponderación de la gravedad de los hechos que han originado las multas aplicadas que resultan dignas de ser revisadas. En definitiva, y sin que estimemos por ahora necesario entrar en el detalle, podemos decir, que si se hace una comparación del nivel de multas aplicado en general, se verá que las de Loma Los Colorados son sustancialmente inferiores, salvo un par de excepciones, y generalmente son sólo amonestaciones.

31. Todo lo expresado, y en especial las grandes diferencias con el Relleno Loma Los Colorados (KDM), en materias como exigencias ambientales, fiscalización, sanciones, y otras, hasta ahora, lo entendíamos como imperfecciones del mercado, falta de coordinación entre los distintos órganos públicos que intervienen en él, graves deficiencias en la uniformidad de la normativa legal y reglamentaria, pero en ningún caso producto de una actividad delictiva preconcebida. Esta visión se ha modificado después de tomar conocimiento de los hechos que se consignan en el apartado siguiente.

II.- RELACION DE LOS HECHOS

1. Los hechos que se pasan a señalar son de público conocimiento ya que constan en el sitio web You Tube.com, y corresponden a 3 grabaciones de distintas personas, según el detalle que se da en cada caso, ignorando los suscritos quien las subió al sitio indicado. Dicen relación con la licitación cuya Ficha de Licitación en el sitio www.mercadopublico.cl es la N° 2770-19-LP11, para la contratación del servicio de disposición final de residuos

sólidos domiciliarios y asimilables de la comuna de Maipú, publicadas el 22 de marzo de 2011, a que llamó la Ilustre Municipalidad de Maipú, la cual, como señalamos a continuación, fue adjudicada a la empresa KDM el viernes recién pasado. En segundo término, con fecha 24 de Junio de 2011 el Consejo Municipal de Maipú sometió a votación el contrato en el cual se definiría la empresa que recibiría la basura de la comuna en los próximos 5 años, el cual fue adjudicado a la empresa KDM, consecuencia de lo cual, tras la votación el Concejal Antonio Neme Fajuri realizó fuertes declaraciones, señalando que tanto a el como otros concejales se les había ofrecido dinero a cambio de votar por KDM.

En cuanto a las grabaciones

2. Para una mayor comprensión de los hechos que constan en las grabaciones que pasamos a transcribir, en las cuales supuestamente aparece la voz del Concejal por la Comuna de Maipú y también administrador municipal de la Comuna de Cerro Navia, Marcelo Torres Ferrari y la del Gerente General de la empresa KDM, Fernando León Steffens, previamente señalaremos algunos antecedentes que nos ayudarán a entender en el marco que se habría dado la conversación que aparece en las grabaciones.

2.1. Como se señaló anteriormente, existía una cuestionable cláusula de renovación tácita con la empresa KDM, cuestión que se planteó en el seno del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca el 25 de noviembre de 2008, en un encuentro al que asistió una treintena de directores Jurídicos y de Aseo y Ornato de sus municipios.

2.3 En la reunión se sugirió llamar a licitación para tener opciones más baratas y buscar un tratamiento más ecológico de la basura. Finalmente, se aceptó constituir un comité técnico que emitiría un informe sobre la conveniencia de renovar con KDM.

2.4. Renovar significaba amarrar los próximos cuatro períodos alcaldicios a KDM y alargar el contrato por un total de 32 años, pero resolver un tema complejo sin mayor complicación. No hacerlo implicaba abrir un proceso de licitación en que los oferentes compitieran por precio y servicios, aunque sin tener la certeza de que el nuevo contrato sería más conveniente. Pese a que si ya se recuperó la inversión podría esperarse que el precio bajara. Después de tres meses de trabajo y al menos cuatro borradores, el comité técnico

del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca presentó su informe en marzo de 2009, el que posteriormente se envió a los alcaldes. En él se analizaban las alternativas del mercado y se sugería que la mejor opción era renovar el contrato. Uno de los principales temores fue que una nueva licitación generara un aumento de tarifas.

2.5 El informe era sólo una recomendación y la decisión la tomó cada municipio. Cerro Navia fue uno de los primeros en acoger la sugerencia de renovar, el 1 de abril de 2009, con el único voto en contra del concejal Mauro Tamayo (PC).

2.6 El administrador municipal de Cerro Navia, Marcelo Torres Ferrari (RN) – también concejal de la Comuna de Maipú-, fue quien expuso ante el concejo las recomendaciones del informe y defiende la decisión de renovar: “Cerro Navia está a ocho kilómetros de la estación de transferencia, por lo tanto pensar en otro relleno sanitario para la comuna es imposible, salvo que la autoridad hubiese dicho algo antes para pensar en dónde podemos disponer nosotros”.

2.7. Marcelo Torres, cumple un doble rol, pues además de su cargo administrativo en Cerro Navia, es actualmente concejal de la Comuna de Maipú. En esta última comuna, antes trabajó como director jurídico durante la gestión alcaldicia del ex diputado Roberto Sepúlveda Hermosilla, quien protagonizó diversas polémicas por la basura. En 2002 decidió, sin consultar al concejo, que tras el cierre del vertedero de Lepanto la basura de la comuna sería enviada al relleno de KDM en Til Til, pues el que había en su comuna, Santiago Poniente (de Coinca, hoy Proactiva) no cumplía con estándares ambientales. Un año más tarde encabezó una bullada licitación por la recolección de la basura, al adjudicar el contrato a KDM, pese a que su oferta era \$1.400 millones más cara que la que la precedía. Y en 2004 Sepúlveda terminó preso en Capuchinos por clausurar Santiago Poniente (PROACTIVA) aunque un fallo judicial ordenaba abrirlo.

2.8. El año pasado Maipú vivió el más bullado de los procesos ligados a la renovación del contrato con KDM. A sólo cuatro días de la fecha límite para tomar la decisión si se renovaba el contrato con KDM, el 27 de julio, el alcalde de Maipú Alberto Undurraga informaba al concejo que legalmente no se podía renovar el contrato con dos años de anticipación, sino sólo hasta seis

meses antes. Como KDM no accedió a postergar la fecha, se había iniciado el proceso para notificar a la empresa de la no renovación. Lo anterior, fundamentalmente por lo que ya estaba en boca de los habitantes de la comuna de Maipú, quienes escucharon en You Tube una grabación con una conversación entre el concejal Torres y el gerente general de KDM, Fernando León.

2.9. Según se lee del reportaje realizado por el Centro de Investigación Periodística (CIPER) en reportaje de fecha 22 de febrero de 2010, realizado por el periodista Bastián Fernández, este concejal habría señalado: *“Personas escudadas en el vil anonimato de la web, no han trepido en hacer burdos montajes, en la que se exhibe una supuesta conversación entre el suscrito, el gerente general de la empresa KDM y otras personas, acusándome de colusión”*. Señala, el mismo periodista, que hoy Torres admite que era su voz la que se escuchaba conversando con Fernando León, pero reclama que en la edición se eligió lo más “tóxico”. Finalmente agrega: *“CIPER tuvo acceso a la grabación completa, de 56 minutos, realizada el 8 de julio de 2009, donde se escucha a otras dos personas conversando con Torres y León, a quienes llaman Eduardo y Juan Pablo”*.

2.10. El tema del diálogo es la presentación que debía hacer Torres ante la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) al día siguiente, donde pediría la revocación y el cierre de Santiago Poniente (PROACTIVA). Se habla de que la parte técnica ya fue presentada y ahora vienen las conclusiones, que está todo hecho y creen que no va haber ningún problema. “Vamos a decir que en vista de los incumplimientos, la comunidad pida el cierre del relleno (...) Estamos contra el tiempo, pero con el lobby que nosotros hicimos, deberíamos estar listos para que se revoque”, señala una de las voces.

2.11. El propio gerente general de KDM pareciera operar para sacar a Santiago Poniente (PROACTIVA) del mercado capitalino, que actualmente sólo tiene un tercer relleno activo (Santa Marta). Según el mismo periodista en el reportaje señalado, establece que el mismo concejal Torres, reconoce su voz en la grabación señalando: *“En el fondo esa conversación fue súper legítima, fue a propósito de una entrega de una auditoría ambiental del relleno sanitario Santiago Poniente para pedir la revocación de su resolución de calificación ambiental y en su momento ellos aprovechan de decir ‘oye y qué pasa en Maipú’ y yo lógicamente conté lo que pasaba en Maipú, que yo sentía que las*

cosas estaban amarradas”.

2.12. A continuación procedemos a transcribir las grabaciones en cuestión:

A. Primera Grabación YouTube

Título: “Corrupción Urbaser Danner”.

Voz presuntamente identificada: Presidente Ejecutivo Fernando León S., Presidente Ejecutivo Kiasa Demarco S.A.

Lugar: Algún Restaurant de Santiago.

(Voz 1) Fernando León: El tema es que, para hacértela corta huevón... Yo he llegado a la misma conclusión que tú huevón... que me toca de todos los pelajes de alcaldes, de todos los partidos que tengan... lo que sí huevón... son siempre todos... Son todos cortados por la misma tijera.

(Voz 1) Fernando León: En todo caso, tenemos que revisar la estrategia... no podís disponer de una pistola que no está bien cargada huevón....

(Voz 1) Fernando León: (Risa) El objetivo que tenemos sigue siendo el mismo Yo sé que yo tengo, tenemos compromisos contigo... Ahora quería ratificarlo en directo.... Por lo tanto los compromisos contigo, que los quería ratificar.... Siguen vigentes... los que te vamos a poner al día, digamos.... Eh si es que nos juntáramos probablemente no nos convenga que nos juntemos muy seguido... Aah tampoco hay que ponerse tan paranoico poh huevón... entonces...eh.... yo por ese lado quería rectificarte que efectivamente, lo que está comprometido de enero pa' adelante, que yo sé que está atrasado tenemos que ponerlo al día... ha habido otros compromisos, en términos de premios... En fin...

B. Segunda Grabación YouTube

Título: “Reunión Urbaser para estrategia de revocación”

Voces presuntamente identificadas: Presidente Ejecutivo de Kiasa Demarco S.A., Fernando León S.; Gerente General Kiasa Demarco S.A., José Miguel Gutiérrez, Gerente de Finanzas de Kiasa Demarco S.A., Marcelo Torres (Además se escuchan voces –presuntamente- de otros ejecutivos de la misma empresa).

Lugar: No se señala.

(Voz 1) José Miguel Gutiérrez, Gerente General KDM: El comité de seguimiento

es anexo al consejo....

(Voz 1) José Miguel Gutiérrez, Gerente General KDM: Hay una... hay que por ejemplo.... Permite la revocación

(Voz 1) José Miguel Gutiérrez, Gerente General KDM: El comité de seguimiento podría, hacer un dictamen con una conclusión en la cual se solicita la revocación de repartos.

(Voz 2) Concejal Torres: Exacto..... El informe técnico del último comité de seguimiento establece TA, TA, TA.

(Voz 1) José Miguel Gutiérrez, Gerente General KDM: Si hay un consejo y el siguiente cuándo es?

(Voz 2) Concejal Torres: El próximo miércoles

(Voz 3) Fernando León S.: En jacke dejarlos... Dejarlos amarrados con una suerte final de que.... mientras esto ocurra, ponte tú, no se pueda decir nada de la renovación o la licitación.

(Voz 2) Concejal Torres: Yo creo que paralelamente este tema sería de discusión del Concejo.

(Voz 3) Fernando León S.: Por eso tú te tirai por ese lado y el otro es decir que... Vittori debe decir que...., que se tiene que analizar el tema de la renovación del contrato con la comisión de Alcaldes.

(Voz 1) José Miguel Gutiérrez, Gerente General KDM: Y después?

(Voz 1) José Miguel Gutiérrez, Gerente General KDM: Este pacto termina la reunión del comité de seguimiento y después esta la CONAMA, si hay mayoría para invalidar la:...

(Voz 3) Fernando León S.: No ahí yo creo contamos con los votos de un par de consejeros y varios Seremis y que estamos...

C. Tercera Grabación YouTube

Título: "Reunión Urbaser-Danner para estrategia de revocación". Se pidió a la Corema .De resolución 479 de Calificación Ambiental de 2001 de Proactiva Chile, permiso ambiental que fueron a Conama a revocarlo.

Voces presuntamente identificadas: Presidente Ejecutivo de Kiasa Demarco S.A., Fernando León S.; Concejal de la Ilustre Municipalidad de Maipú, Marcelo Torres.

Lugar: No se señala

(Voz 1) Concejal Torres: El tema...

(Voz 1) Concejal Torres: No, si estoy de acuerdo contigo... es saber dónde está

el inconveniente de la...

(Voz 1) Concejal Torres: Yo estoy aplicando la lógica, no se te olvide que estamos contra el tiempo...Y...Y si uno no racionaliza el tema, de la efectividad y lo amenaza directamente respecto de lo que él...nosotros sabemos que YA está pensando... Creo más, más pega que la chucha...

Yo te digo, o sea, yo encuentro lógica tu idea, cien por ciento... y hay que agitarse y el discurso o la... o el planteamiento... pero termina también en la lógica de discutir determinadas actitudes que uno no podría esperar del Alcalde Poh huevón... o sea estamos hablando, llama al final a una licitación para que

Esta bien... nosotros hemos planteado en cuatro consejos!! Con un diálogo increíble.... Y el huevón ha dicho: Sí... bueno hay que verlo tú sabes que los procesos hay que fundamentarlos.....

Por eso el discurso, mañana se plantea por el orden de que justamente yo no fui citado y al comité de seguimiento como corresponde...y ahí es que ciertamente establecer y decir oye: está pendiente esto, creo que la fórmula es ésta y ya le ejecutaste a Alberto que haya respondido en parte su conciencia lo tiene medio mal.

Yo creo que la lógica es un ciclo, que es sano pensar que estamos atacando primero un objetivo y después dejemos al otro lado abierto ese hoyo... no hay, nada más que analizar...

(Voz 2) Fernando León: Por eso tú te tirai por ese lado y que Alberto decir, decir, decir que... Al Vittori decir, decir, decir que...que se tiene

Que analizar el tema de la renovación del contrato con la comisión de Alcaldes Pooh.

(Voz 2) Fernando León: Esa sería una forma de hacerle una operación tenaz al compadre.

(Voz 1) Concejal Torres: Agarrado de los cocos

(Voz 2) Fernando León: La ley bien establecida...Además que eso se viene que el alcalde no se puede hacer el huevón de que hay un proceso.

.....No ahí yo creo que tenemos los votos de un par de consejeros más y varios Seremis que están listo.

(Voz 1) Concejal Torres: No... No, te digo que aquí, todo este procedimiento estaba OK, claro... pero luego son tan mariconcitos....

(Voz 2) Fernando León: En jaque dejarlo... Dejarlo amarrado de una formal final, mientras esto ocurra no se puede decidir nada sobre la renovación...o licitación.

(Voz 1) Concejal Torres: Yo creo paralelamente ese tema sería decisión del Consejo...

En cuanto al Consejo Municipal del día 24 de junio de 2011

3. Como señalamos, con fecha 24 de junio de 2011, se realizó el Consejo Municipal que tenía por objeto adjudicar la licitación N° 2770-19-LP11, para la contratación del servicio de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables de la comuna de Maipú, la cual finalmente fue adjudicada a la empresa KDM.

3.1. A este respecto cabe señalar, que mi representada PROACTIVA, presentó una acción de impugnación al Tribunal de Contratación Pública –actualmente en tramitación–, por estimar que las bases de licitación establecidas por la Municipalidad de Maipú son arbitrarias e ilegales toda vez que las éstas contienen ciertas condiciones que hacen imposible la participación de mi representada en la misma.

3.1.1. Lo anterior, debemos entenderlo en el siguiente contexto. Dejar a mi representada fuera de la licitación era claramente perjudicial para la Comuna, toda vez que el relleno Santiago Poniente (Proactiva) se encuentra en la misma comuna, lo que permitía un ahorro mensual a Maipú del orden de los treinta y cinco millones de pesos mensuales, considerando la disposición final de la basura y el costo en transporte de la misma.

3.2. Pues bien, durante el Consejo Municipal y antes de la votación, el Concejal Antonio Neme, criticó duramente el proceso de licitación, señalando que este se había hecho ***“con nombre y apellido y que era una traje a la medida para la empresa KDM”***, señalando finalmente que en varias ocasiones se le habría preguntado ***“cual era su precio”*** para votar a favor de KDM, para finalmente señalar que no tendría problema en señalar ante tribunales quienes eran las personas que habrían intentado sobornarlo.

3.3. Lo señalado, consta en video de entrevista realizada al Concejal Neme, el mismo día de la votación, en el sitio web <http://vimeo.com/25703411> en donde se aprecian claramente las declaraciones de este concejal.

III.- CALIFICACION JURIDICA DE LOS HECHOS MATERIA DE LA QUERELLA

1. La parte que representamos considera que los hechos de que dan cuenta las grabaciones transcritas en el acápite anterior, como también los dichos del Concejal Neme, dan cuenta de hechos que revisten caracteres de delitos que ameritan la interposición de esta acción penal.

2. En efecto, en primer lugar –y para el caso que las grabaciones no correspondan a un montaje, lo que la investigación determinará– se podría configurar el delito de cohecho pasivo propio agravado, ya que en las grabaciones se insinúa claramente que uno o varios funcionarios públicos habrían solicitado o aceptado recibir beneficios económicos para ejecutar actos con infracción a los deberes de su cargo.

3. Del mismo modo, se desprende de las declaraciones del concejal Neme, quien señala haber sido víctima de un ofrecimiento con el objeto de votar en el concejo municipal de un determinada manera. En consecuencia, sólo resta preguntarse ¿porqué otros concejales no habrían de recibir la misma propuesta?

4. Asimismo, las transcripciones dan a entender con meridiana claridad que particulares habrían ofrecido o consentido en dar a uno o más funcionarios públicos, beneficios económicos para ejecutar actos con infracción a los deberes de su cargo.

5. Relevante es tener presente respecto de los delitos mencionados precedentemente, que en términos generales protegen el correcto desempeño de la función pública. Sobre el particular se afirma que lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, siendo proyectable a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados.

6. Es por lo expuesto, que el Legislador, a partir de la dictación de la Ley N° 19.645, anticipó la penalidad en este tipo de ilícitos,

bastando la simple solicitud, aceptación u oferta de un beneficio económico, para cumplir o dejar de cumplir una obligación propia del cargo del funcionario cohechado.

7. En definitiva, actualmente los delitos por los que se acciona penalmente en este libelo, son delitos de peligro, habiéndose adelantado respecto de ellos el castigo penal a la simple declaración de infidelidad al ordenamiento jurídico por un móvil abyecto como lo es el "beneficio económico", sin necesidad de que efectivamente se haya recibido o entregado aquel.

8. Además, de conformidad al inciso primero del artículo 3º en relación al 1º de la Ley 20.343, nos podríamos encontrar en una hipótesis en que se podría atribuir responsabilidad a una persona jurídica, porque tratándose de los delitos señalados en la segunda disposición, entre los cuales se incluye el soborno, aquella se podría configurar, si el ilícito se hubiere cometido directa e inmediatamente en interés o provecho de la persona jurídica, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes, o quienes realicen actividades de administración y supervisión. De probarse tal índole de responsabilidad, de conformidad a los artículos 14 y 15 de la misma Ley, se podría aplicar alguna de las sanciones que contempla para los simples delitos, incluso la "prohibición temporal de celebrar actos o contratos con Organismos del Estado".

9. Un tema relevante en relación a lo expresado precedentemente, dice relación con la calidad de funcionario público para efectos penales que sin duda tiene un concejal de una municipalidad, dado el carácter funcional de aquel concepto en materia penal, consagrado precisamente en el art. 260 del Código Penal.

10. Sobre este punto baste citar a los profesores Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow, quienes en su obra "Delitos contra la Función Pública", página 122, año 2005, señalan al respecto: "Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia de esta rama jurídica. La autonomía se funda en que al legislador penal no le interesa tanto la calificación jurídica que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la administración, sino

el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la administración, dependiendo de él la corrección de un servicio público.”

11. Es decir, el concepto de funcionario público es funcional y no meramente formal, por cuanto la calidad de tal queda determinada por la función que se desempeña y no, al menos no únicamente, por la naturaleza del contrato mediante el cual se vincula a la Administración Pública, pudiendo por tanto ser sujeto imputado de cualquiera de los ilícitos descritos en el Título III párrafo IV y de los del Título V, entre los cuales se encuentra el delito del artículo 248 bis del Código Penal.

12. El criterio recién expuesto ha sido recientemente ratificado por la Excelentísima Corte Suprema, en fallo de fecha 19 de mayo de 2008, (causa rol N° 15.260-L-IV-2004, del Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago, proceso “Mop-Gate”), en el que en sus considerandos cuadragésimo primero y siguientes se refiere latamente a la materia, con expresiones que no dejan lugar a dudas, tales como:

“...Que, en efecto, al ser pasibles (sic) de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquéllas que adscriben a una “función pública”, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público –y no tan sólo en la Administración del Estado- con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado...”. (considerando cuadragésimo sexto)

“...Que la expresión “función pública” significa “función del Estado”, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso “ad honores”, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada...”. (considerando cuadragésimo séptimo)

13. Por último, todo lo dicho debe ser entendido sin perjuicio de otros ilícitos que se puedan acreditar en el curso de la investigación, tales como negociación incompatible, fraude al fisco, malversación de caudales públicos, uso de información privilegiada, violación de secretos, cohecho pasivo impropio, u otros.

IV.- COMPETENCIA.

Si bien no tenemos conocimiento exacto del lugar en que se habrían realizado las grabaciones transcritas, como tampoco en lugar en que habrían acaecido los hechos denunciados por el concejal Neme, es presumible que estos se habrían producido en la Comuna de Maipú.

En efecto, los hechos denunciados conciernen a la comuna de Maipú como también a personas y funcionarios públicos que ejercen y pertenecen a la misma lo que hace del todo presumible que los hechos delictuales se desarrollen en esta jurisdicción.

En consecuencia, es competente para conocer de la presente querrela el **Noveno Juzgado de Garantía de Santiago.**

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y normas legales citadas,

POR TANTO,

RUEGO A SS. se sirva tener por interpuesta querrela criminal en contra de quienes resulten responsables de los delitos de **Cohecho propio agravado, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, y soborno previsto y sancionado en el artículo 250 del mismo código punitivo, pudiendo atribuirse también responsabilidad penal a una persona jurídica, de conformidad a los artículos 1º y 3º de la Ley 20.343, declararla admisible y remitirla al Ministerio Público.**

PRIMER OTROSI: **SÍRVASE SS.** tener presente que solicito al Ministerio Público la realización de las siguientes diligencias de investigación:

1.-Se despache orden de investigar los hechos que se consignan en lo principal de este libelo;

2.- Se ordene analizar desde las grabaciones que se encuentran en el sitio web denominado "You Tube.com", por el Ciber Crimen de la Policía de Investigaciones de Chile;

3.- Se de orden de ubicar y citar a las distintas personas cuyas voces serían las que aparecen en las grabaciones transcritas, para que –además de prestar declaraciones sobre los hechos por los que se accionó penalmente, sin perjuicio del derecho de guardar silencio que les asiste, de conformidad a lo establecido en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal - se les tome muestra de voz, para que con posterioridad se practique un peritaje sobre la autenticidad de las voces, todo, por la entidad y bajo las condiciones que el órgano persecutor determine, por la entidad y bajo las condiciones que el órgano persecutor determine;

4.- Se oficie a la Ilustre Municipalidad de Maipú con el objeto de que remita todos los antecedentes relativos a la licitación cuya Ficha de Licitación en el sitio www.mercadopublico.cl es la N° 2770-19-LP11, para la contratación del servicio de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables de la comuna de Maipú, publicadas el 22 de marzo de 2011, y de todos los Concejos en que se discutió sobre la misma;

5.- Se tome declaración a los suscritos, como también a todos los concejales de la comuna de Maipú, sobre los hechos señalados en la querella.

6.- Se de orden de ubicar y citar a una persona que es mencionada en las grabaciones como "Vittori"; que según deberíamos entender, se refiere al Concejal de la comuna de Maipú, don Cristián Vittori Muñoz.

7.- Se oficie al Servicio de Impuestos Internos para remita toda la información tributaria relevante de las personas a quien corresponderían las voces de las grabaciones, en especial sus declaraciones de renta de los años tributarios 2009 y 2010.

Sírvase US. tener por efectuada la solicitud de diligencias al Ministerio Público.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase SS. tener presente que, conforme lo disponen los artículos 22, 23 y 31 del Código Procesal Penal, mi parte propone que todas las resoluciones judiciales y actuaciones y diligencias del Ministerio Público le sean notificadas vía correo electrónico a la casilla dsilva@trabogados.cl y dsilva@fma.cl , por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

Sírvase SS: tener por efectuada, y en definitiva aceptar, la forma de notificación antes señalada.

TERCER OTROSÍ: Sírvase SS. tener por acompañado documento, solicitando que sea remitidos junto con la querella a la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente a fin de que sea incorporado a la investigación:

- Copia autorizada de escritura pública mediante la cual PROACTIVA SERVICIOS URBANOS S.A. confiere mandato judicial al suscrito.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a US. se sirva tener presente que mi personería para representar a la querellante PROACTIVA SERVICIOS FINANCIEROS S.A. consta de la escritura pública mediante la cual se me confirmó mandato judicial, y de la cual acompañó copia autorizada en el segundo otrosí de esta querella.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase SS. tener presente que, en mi calidad de abogado, patrocinaré personalmente la presente querella.

Sírvase SS. tenerlo presente.