

Santiago, veinticinco de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

Recursos acumulados.

PRIMERO: Que a fojas 7 ha comparecido el abogado señor Marcelo Castillo Sánchez, en representación de los señores Sebastián Salazar Bastidas y Jaime Curihual Huircán, ambos factores de comercio, y de las sociedades Inversiones y Comercio Handel S.A. y Comercializadora e Importadora Matucana Limitada, todos domiciliados para esos efectos en calle Huérfanos N° 835, oficina 1203, Santiago y deducen recurso de protección -luego transformado en amparo económico por esta Corte- en contra del Contralor General de la República señor Jorge Bermúdez Soto, abogado, domiciliado en calle Teatinos N° 56, Santiago, por haber emitido en forma ilegal y arbitraria el Oficio N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016 que modificó unilateralmente el procedimiento para el otorgamiento de patentes comerciales de las máquinas electrónicas de juego y exigió un informe previo de la Superintendencia de Casinos de Juego para tales efectos.

Del mismo modo, a fojas 53 ha comparecido don Jaime Curihual Huircán, en representación de la Asociación Gremial de Operadores, Fabricantes e Importadores de Entretenimientos Electrónicos A.G., domiciliada en calle Altamirano N° 2301 de la comuna de Independencia y don Alberto Hadad Abuhabda, empresario, en representación de Importadora y Comercializadora Calabaza Entertainment Limitada, domiciliada en calle Teniente Bisson N° 175, comuna de Independencia y recurren también de protección contra el Contralor General de la República ya individualizado por la conducta ilegal y arbitraria cometida al dictar el Oficio N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016.



En ambos recursos se sostiene, en resumen:

1.- Sus partes son personas naturales y jurídicas que tienen como giro la importación, la fabricación y la operación por cuenta propia o de terceros de entretenimientos electrónicos, tales como máquinas electrónicas de juego, de habilidad y destreza, que desarrollan sus actividades en distintas comunas del país, de conformidad a la legislación vigente, además de la Asociación Gremial relativa a ese giro. Tal actividad se ha desarrollado en forma relativamente normal en las ciudades de Santiago, Puerto Montt, Coquimbo, Antofagasta, entre otras. Sin embargo, atendido el carácter esencialmente litigioso de la determinación de la calidad de estas máquinas, en cuanto a si son de habilidad y destreza o de azar, se ha generado una abundante jurisprudencia judicial, administrativa e incluso de la Contraloría General de la República (en adelante CGT), al momento de obtener patentes comerciales en distintos municipios, no sólo por su parte sino por otros operadores o administrados, por cuanto las máquinas de azar se encuentran sujetas a diversas regulaciones legales, en general prohibitivas, a diferencias de las máquinas de habilidad y destreza, que nuestro derecho permite.

2.- Cita la parte recurrente las normas que regulan los juegos de azar, incluyendo las contenidas en la Constitución Política de la República y en la ley 19.995 que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de Casinos de Juego, que entrega el desarrollo y monopolio de los juegos de azar autorizados por la ley a dichos establecimientos. La misma ley crea la Superintendencia de Casinos de Juegos (SCJ en adelante) que según su artículo 36 le corresponde supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de las



disposiciones legales, reglamentarias y técnicas para la instalación, administración y explotación de los casinos de juego que operen en el país, de modo que sus facultades sólo están referidas a los “casinos de juego”. El artículo 3° letra a) de la citada legislación define juego de azar como aquellos juegos cuyos resultados no dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores, sino esencialmente del acaso o de la suerte, y que se encuentran señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos, esto es, un registro formal de los juegos de suerte o de azar que podrán desarrollarse en los casinos de juegos, dentro de las categorías de ruleta, cartas, dados, bingo y máquinas de azar. Finalmente, la letra j) del artículo 3° de la ley 19.995 define registro de homologación como la nómina e identificación de las máquinas y demás implementos expresamente autorizados por la Superintendencia para el desarrollo de los juegos de azar en los casinos de juego. Luego, no basta que los juegos de azar sean de esta naturaleza para ser admitidos como lícitos en los casinos, sino que, además, conforme a la normativa citada, deben estar señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos y para el caso de las máquinas de azar, deben estar nombradas, identificadas y autorizadas en el “registro de homologación”. Todas estas disposiciones están complementadas por el Decreto Supremo N° 547 del Ministerio de Hacienda de 2005 que aprueba el “Reglamento de Juegos de Azar en Casinos de Juego y Sistema de Homologación”. En este marco jurídico, la SCJ mediante Resolución Exenta N° 157 de 10 de julio de 2006, aprobó el catálogo de los juegos que podrán desarrollarse en los casinos de juego, de modo que cuando se habla de “catálogo de



juegos” se entiende para todos los efectos legales que se trata de este listado de categorías de juegos.

3.- La CGR emitió numerosos dictámenes que se refieren a la materia y la doctrina de tal órgano puede resumirse en las siguientes premisas: a) no se pueden otorgar patentes comerciales para el funcionamiento de máquinas de juegos de azar, pues los municipios carecen de facultades para ello; b) se pueden otorgar patentes comerciales para la operación de máquinas de habilidad y destreza; c) el municipio puede formarse la convicción sobre la naturaleza de una máquina de juego a través de todos los medios probatorios que sean pertinentes; d) los municipios pueden coordinarse con el resto de los organismos públicos con competencia en la materia y especialmente con la SCJ, orientada a determinar si las máquinas están o no contenidas en el “catálogo de juegos”; e) si existe discrepancia entre la autoridad y el interesado respecto de la apreciación de los referidos elementos de prueba, el asunto se convierte en litigioso, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de Justicia; f) los municipios deben respetar el “principio de juridicidad” y el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas, respetando las normas legales que la regulan; g) las ordenanzas municipales no pueden establecer mayores requisitos para el otorgamiento de patentes comerciales y el ejercicio de las actividades lucrativas que los establecidos en los artículos 23 y siguientes del D.L. 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales; h) la SCJ tiene facultades para denunciar, de oficio o a petición de parte, la explotación o práctica de juegos de azar al margen de la ley.

4.- Sin embargo, toda esta doctrina cambió drásticamente con la emisión del dictamen N° 92.369 de 23 de diciembre de



2016. El 2 de agosto de 2016 la SCJ solicitó a la CGR la emisión de un dictamen sobre la explotación de “máquinas electrónicas” fuera de los casinos de juego y si posee facultades -la SCJ- para realizar directamente los ensayos, pruebas y certificaciones de “máquinas electrónicas”, cuya solicitud de homologación provenga de los municipios. La CGR emitió el aludido dictamen 92.368 de 23 de diciembre de 2016 titulado “los municipios deben verificar que las máquinas de juego a que se refieren las solicitudes que se les presenten, no sean de azar, para lo cual se deberá acompañar un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos que señale dicha circunstancia”, con lo cual el órgano contralor innovó sobre la materia en forma arbitraria e ilegal, contradiciendo toda su jurisprudencia anterior. Dicho dictamen, después de resumir las facultades de la SCJ y de afirmar que los municipios no pueden otorgar patentes para la explotación de máquinas de juegos de azar y que para resolver si una máquina es de estas características o de habilidad y destreza, deberá considerarse necesariamente el “catálogo de juegos” que constituye el “registro formal” de los “juegos de suerte o de azar” que pueden desarrollarse en los casinos de juego, agrega que en el caso que el municipio tenga dudas acerca de si se trata de un juego de azar previsto en el referido catálogo, debe coordinarse con la mencionada SCJ con el fin que esta última emita un informe definiendo tal aspecto. Hasta aquí -dicen los recurrentes- el dictamen se ciñe a la doctrina administrativa anterior. Sin embargo, en el párrafo siguiente la CGR innova y crea por la vía interpretativa un procedimiento no contemplado en la ley, como lo es un informe de la SCJ para el otorgamiento de la patente comercial. Dice la CGR: “A su vez, en el evento que la máquina



de juego que se pretende explotar no se encuentre contemplada en el respectivo catálogo de juegos de azar, el municipio deberá solicitar al interesado que acompañe un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo, justamente por no tener la naturaleza de juego de azar, caso en el cual la entidad edilicia podrá acceder a la autorización requerida, atendido que se ha descartado que se trate de un juego cuya explotación puede realizarse sólo en un casino”.

5.- Refieren los recurrentes que el acto de la CGR es arbitrario porque no existe fundamento lógico o racional para que dicho organismo, sin que cambien las circunstancias o la ley, modifique y contradiga la doctrina y la jurisprudencia administrativa reiterada y uniforme sobre las máquinas de juego de habilidad y destreza, los requisitos para el otorgamiento de patentes municipales a dichas máquinas y la libertad de prueba, acorde con el artículo 35 de la ley 19.880, para arribar a la convicción que se trata de una máquina de habilidad y destreza. La exigencia de solicitar al interesado que acompañe un informe de la SCJ en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo es *“totalmente absurda e ilegal”* porque en el “catálogo de juegos” aprobado por la Resolución Exenta N° 157 de la SCJ de 10 de julio de 2016, se contiene el listado de los “juegos de azar” que se pueden desarrollar en los casinos de juego, dentro de las categorías de ruleta, cartas, dados, bingo y máquinas de azar u otras categorías que se establezcan y, por ende, no se contiene un listado de “máquinas de azar” aprobadas u homologadas por la SCJ sino que señala que dichas máquinas son precisamente un “juego de azar” y



corresponde al registro de homologación incorporar la nómina e identificación de las máquinas y demás implementos expresamente autorizados por la SCJ para el desarrollo de los juegos de azar en los casinos de juego, por lo que existe una confusión conceptual en el dictamen impugnado. También es arbitraria la actuación de la CGR porque está obligada por sus precedentes, o sea, su jurisprudencia obliga a la propia CGR, la vinculan. Es muestra de arbitrariedad, asimismo, el cambio inmotivado de la doctrina de la CGR contra la “doctrina de los actos propios” manifestada en sus dictámenes anteriores.

6.- Refieren los recurrentes que el acto impugnado emanado de la CGR es ilegal, lo que supone un apartarse de la ley, una violación de esta. La CGR, de acuerdo con el artículo 98 de la Constitución Política de la República es un órgano autónomo que ejerce el control de la legalidad de los actos de la Administración, entre otras funciones y la ley 10.336 le fija las atribuciones y competencias. El artículo 6 inciso 1° de esta última ley señala que corresponderá exclusivamente al Contralor informar en general sobre los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen, lo que, de acuerdo con el artículo 5 inciso segundo, lo hace por medio de dictámenes. Así -continúa la parte recurrente- el dictamen N° 92.368 de 2016 adolece de varias irregularidades:

a) Excedió las facultades de interpretación que le entrega su ley orgánica ya que, por esa vía reguló una materia que es de exclusivo resorte legal como lo es lo relativo a los “juegos de azar”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 N° 19 de la Constitución Política de la República, reglando también materias



como el otorgamiento de patentes, que es una clase de tributos, que también es un asunto de ley de conformidad con el N° 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

b) El dictamen es ilegal pues le asignó funciones de fiscalización a un órgano público, la SCJ, y además estableció un procedimiento de otorgamiento de patente comercial con la exigencia de un informe previo de dicha Superintendencia, lo que sólo puede ser establecido por ley y, todavía, de exclusiva iniciativa del Presidente de la República.

c) Es ilegal también porque si bien el catálogo de juegos define los juegos de azar que se pueden desarrollar en los casinos de juego, que incluyen genéricamente a las máquinas de azar, precisamente dentro de la categoría “máquinas de azar”, dicho catálogo no sirve como referencia para calificar, en abstracto, una determinada “máquina de juego” como “de azar”, sin que previamente hayan sido homologadas por la SCJ e incorporados en el “registro de homologación”, que es la nómina e identificación de las máquinas expresamente autorizadas por la SCJ para el desarrollo de juegos de azar en los casinos de juego. Luego, es ilegal prohibir el funcionamiento, fuera de dichos establecimientos, de aquellas “máquinas de juego” no incluidas en el “catálogo de juegos” o en el “registro de homologación”, pues no pueden ser consideradas *a priori* como de azar frente a la duda de la autoridad municipal y menos exigir un informe de la SCJ que indique que no pueden ser inscritas en dicho registro.

d) En cuarto lugar, los procedimientos de homologación y certificación establecidos en el artículo 37 N° 8 de la ley 19.995 tienen por objeto verificar la calidad de azar de un juego para su inclusión dentro del “registro de homologación” y su uso en los



casinos de juego; dicha facultad que se otorga a la SCJ tiene esa exclusiva finalidad y no puede ser usada para otros fines sin violar la ley o incurrir en una “desviación de poder” como lo hace el dictamen.

e) En quinto lugar, el hecho de exigir el dictamen que “el municipio deberá solicitar al interesado que acompañe un informe de la SCJ en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo” es ilegal, pues dicho informe no está contemplado dentro del procedimiento legal.

f) Incurre la CGR en un error de derecho al confundir “catálogo de juegos” con el “registro de homologación” pues en el primero no se contiene un listado de “máquinas de azar” aprobadas u homologadas por la SCJ, que pueda ser contrastado con otras máquinas de juego, sino las bases conceptuales para su aprobación, homologación, autorización e inclusión en el “registro de homologación”.

g) Finalmente, el dictamen no sólo viola la propia jurisprudencia administrativa de la CGR sino la libertad de pruebas en materia administrativa a que se refiere el artículo 35 de la ley 19.880.

7.- El inciso tercero del artículo 6 de la ley 10.336 establece el deber de abstención de la CGR cuando se trata de asuntos litigiosos y el dictamen impugnado es ilegal, también, por existir un juicio pendiente, a saber, el Recurso de protección en contra de la SCJ rol C-93.182 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que se ha solicitado, entre otras peticiones, que se ordene a la SCJ que se abstenga de definir los juegos de azar al margen de la ley, asimilándolos a premios en dinero.



8.- Se refieren luego los recurrentes a las normas que regulan el otorgamiento de patentes comerciales por parte de los municipios, contenidas en el Decreto Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales y, con arreglo a su artículo 23 se puede concluir que por tratarse de un tributo es una materia de reserva legal y que la aplicación de dicha norma queda entregada a un reglamento, por lo que la CGR no puede regular o reglamentar dicha norma.

9.- Tratan las partes recurrentes, luego, de los derechos que entienden han sido vulnerados por la recurrida pero, de acuerdo con lo que se señalará en el motivo segundo, sólo se resumirá lo referido al consagrado en el N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Sobre este particular, dicha norma asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan y el dictamen impugnado ha establecido requisitos para el ejercicio de una actividad económica de explotación de “máquinas de juego” que no están en la ley, procediendo por vías de hecho.

Pide se acoja el recurso de protección y se deje sin efecto el mencionado dictamen N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, con costas.

SEGUNDO: Que, por resoluciones de dos de febrero de dos mil diecisiete, escritas a fojas 52 y 102, esta Corte decidió tramitar ambos recursos como amparos económicos, y dispuso su acumulación.

Informes CGR, SCJ y Asociación Chilena de Municipalidades.



TERCERO: Que ha informado la CGR el doce de abril del año recién pasado -el expediente, por razones desconocidas, no se siguió foliando de modo que no se puede señalar la ubicación de dicho informe- del siguiente modo:

1.- El asunto es ajeno a la naturaleza propia del recurso de amparo económico. La ley 18.971, al instituir un mecanismo de tutela jurisdiccional destinado a amparar a los particulares en su derecho a la libertad económica consagrado en el N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, previó que su tramitación se efectuara sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, de modo que, al ser de emergencia, sólo procede frente a derechos indubitados y no discutido, sin que pueda llegar a constituirse en una instancia de declaración de derechos, ya que para ello está la vía del juicio de lato conocimiento, que otorga a las partes en conflicto la posibilidad de discutir, formular alegaciones, rendir pruebas y deducir los recursos que sean del caso. En el caso *sub judice* los recurrentes han impugnado un pronunciamiento de la CGR en el cumplimiento de sus funciones que le son propias, advirtiéndose del tenor de los respectivos libelos que lo pretendido por los actores va más allá de la defensa de una garantía constitucional determinada pues lo que se busca, en definitiva, es discutir las facultades de ese órgano contralor sobre la materia, específicamente acerca de la fijación del alcance, sentido e interpretación de la normativa que regula los juegos de azar, como asimismo, plantean una controversia sobre las atribuciones de la SCJ, todo lo cual no se condice con un recurso de la naturaleza del amparo económico.



2.- No se configura el presupuesto básico que hace procedente el recurso de amparo económico. Se requiere, afirma la CGR, una vulneración efectiva al N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, no una mera amenaza como sucede en el caso del recurso de protección y en la especie no se advierte de qué manera el dictamen N° 92.308 de 2016 pudo vulnerar el derecho de los recurrentes a desarrollar cualquier actividad económica en los términos garantizados en el citado numeral 21°, pues su parte sólo se ha pronunciado sobre las atribuciones y obligaciones de ciertos organismos públicos en relación con el procedimiento de otorgamiento de patentes de explotación de máquinas de juego, sin que haya perturbado ni menos prohibido a los interesados el ejercicio de una actividad económica.

3.- El dictamen N° 92.308 de 2016 no afecta la actividad económica de los recurrentes y el recurso de amparo económico sólo resulta procedente ante infracciones al inciso segundo del N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que garantiza que el estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

4.- La actividad consistente en la explotación de máquinas de juegos de azar es, por regla general, ilegal. Se refiere a las normas legales en las que sustenta tal aserto y afirma que la explotación de máquinas de juegos de azar sólo puede ser ejercida en casinos de juego amparados por el correspondiente permiso de operación y, entonces, la explotación de máquinas de juego por personas o entidades distintas de los casinos de juego sólo puede realizarse en la medida que éstas no sean de azar



sino de habilidad o destreza. En ese contexto, la exigencia de informe de la SCJ para obtener una patente municipal para los efectos de la explotación de máquinas de juego no constituye requisito adicional no un nuevo procedimiento para el otorgamiento de patente comercial. Agrega que con la emisión del dictamen impugnado no se ha trasgredido el artículo 35 de la ley 19.880 pues no se ha restringido la posibilidad que tienen los interesados de presentar otros informes o elementos probatorios que estimen pertinentes. Afirma que no hay error en cuanto a la referencia en el dictamen al “catálogo de juegos” pues evidentemente ello es sin perjuicio del “registro de homologación” que se encuentra obligada a llevar la SCJ. Finalmente refiere que no ha incumplido su deber de abstención.

5.- Finalmente, reitera que no se ha conculcado la garantía del N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y se pronuncia sobre los demás derechos que se dicen infringidos, lo que se omitirá por la razón señalada en el motivo segundo.

Pide se desestimen los recursos de amparo deducidos.

CUARTO. Que la misma CGR, ampliando su informe por orden de esta Corte, con fecha 1 de agosto de 2017, señala que dicha entidad no ha impartido instrucción alguna a la Asociación Chilena de Municipalidades y a la SCJ relativa a la aplicación del dictamen N° 92.308 de 2016 destinada a regular las máquinas de juegos electrónicos. En seguida, aclara el Oficio N° 0003089 de 3 de abril de 2007 de la II Contraloría Región Metropolitana de Santiago sobre denuncia y falta de respuesta de la Municipalidad de El Bosque, señalando que el cobro que por Ordenanza Municipal hacía dicho municipio a este tipo de actividades



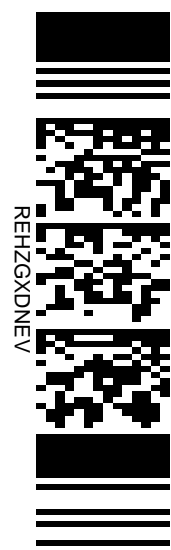
-máquinas de juego- era improcedente pues la Municipalidad debía determinar previamente si la máquina era de azar o de habilidad y destreza y otorgarle una patente en este último caso, sin que pudiera cobrar por máquina instalada.

QUINTO: Que también por orden de esta Corte informó el 28 de septiembre de 2017 la SCJ en el siguiente sentido:

1.- A juicio de su parte, no corresponde autorizar el funcionamiento de máquinas de azar en locales sujetos al pago de patente municipal, toda vez que dicha actividad sólo puede ser ejercida legalmente en los casinos de juego autorizados por la ley 19.995, siendo responsabilidad de cada municipio verificar el cabal cumplimiento a la legislación sobre la materia y, por ello, solicitada una patente municipal para el funcionamiento de máquinas de juego, las entidades edilicias deben verificar si éstas constituyen un juego de azar o no, correspondiendo sólo en este último caso otorgar la autorización requerida.

2.- El dictamen 92.308 de 2016 de la CGR clarifica el procedimiento para que los municipios puedan determinar si una máquina de juego es o no de azar al momento de otorgar una patente. Concluye que se han presentado 41 solicitudes asociadas a máquinas electrónicas de cinco interesados en obtener patente municipal, de las cuales 35 han sido consideradas de azar y a 6 se le han formulado observaciones, agregando que no se ha calificado como máquina de destreza a ningún implemento de juego que se haya presentado tanto por interesados como por municipios.

SEXTO: Que el 9 de noviembre de 2017 informa la Asociación Chilena de Municipalidades, señalando, en lo que aquí interesa, que la CGR o la SCJ no han impartido instrucciones a la



Asociación para la aplicación del dictamen 92.308 de 2016, excepto el Oficio N° 0289 de la SCJ, que remite la Circular N° 83 de 2017 que establece el procedimiento de otorgamiento de informes para la obtención de patente municipal de explotación de juegos de habilidad y destreza.

En cuanto al fondo.

SÉPTIMO: Que el llamado recurso de amparo económico fue establecido por el artículo único de la ley 18.971, en los siguientes términos: *“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile”*.

“El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados”.

“La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo”.

“Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas”.

“Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado”.



A su vez, el N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República: *“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”*.

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

OCTAVO: Que se ha dicho en otras ocasiones -y así lo ha planteado la CGR en su informe- que el recurso de amparo económico sólo es procedente por vulneración a la norma contenida en el inciso segundo del N° 21° del artículo 19 de la Constitución, esto es, aquella que permite al Estado desarrollar o participar en actividades empresariales únicamente si está autorizado por una ley de quórum calificado, de modo que si se alega una vulneración al inciso primero de la citada norma, como es el caso, la vía idónea es el recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Ley Fundamental. Sin embargo, cabe señalar que, presentados como recursos de protección las acciones que ahora se conocen, ha sido la Sala Tramitadora de esta Corte la que los admitió pero como *“recursos de amparo económico”*, de modo que la Corte de Apelaciones ya ha emitido una decisión sobre el particular y ha estimado que el recurso de amparo económico es procedente respecto de la aludida garantía,



sin distinción de si se trata del inciso primero o del inciso segundo, decisión que no es posible alterarla en esta sentencia.

NOVENO. Que, en definitiva, lo que se ha impugnado por esta vía es el dictamen N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, emanado de la CGR, que responde a un pronunciamiento de la SCJ respecto a las acciones que deben desarrollar las municipalidades en los procedimientos para el otorgamiento de patentes comerciales vinculadas con la explotación de máquinas electrónicas de juego, con el objeto de determinar si estas últimas son o no de azar y que concluyó que: a) *“si se está ante un juego de azar los municipios deben considerar necesariamente el catálogo de juegos antes aludido y que con arreglo al artículo 4° de la ley N° 19.995 aprobó la SCJ mediante resolución exenta N° 157 de 2006”*; y b) *“en el evento que la máquina de juego que se pretende explotar no se encuentre contemplada en el catálogo de juegos de azar, el municipio deberá solicitar al interesado que acompañe un informe de la SCJ en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo, justamente por no tener la naturaleza de juego de azar, caso en el cual la entidad edilicia podrá acceder a la autorización requerida”*.

DÉCIMO: Que la Constitución Política de la República trata en su Capítulo X de la CGR señalando el inciso primero del artículo 98 lo siguiente: *“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de*



la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva". Por su parte, es la ley 10.336 la que fija la organización y atribuciones de dicho organismo autónomo. Es la CGR, entonces, un órgano del Estado y, por tanto, se sujeta a lo que señala el artículo 7° de la Carta Fundamental en cuanto a que no puede apartarse de sus facultades establecidas por ley.

UNDÉCIMO: Que ciertamente entre las facultades de la CGR no está la de, a propósito de su labor dictaminadora -de acuerdo al inciso primero del artículo 6° y al inciso segundo del artículo 5°, ambas disposiciones de la ley 10.336, en relación con su artículo 9°- crear procedimientos administrativos, otorgándole a la SCJ una facultad fiscalizadora que la ley 19.995 no contempla, regulando una materia que es de resorte legal -los juegos de azar- y disponer un trámite inexistente en la ley para obtener una determinada patente municipal. No es la CGR un Poder del Estado y ciertamente no tiene facultades legislativas ni tampoco potestad para reglamentar una determinada materia, aun entendiendo que podría existir un "vacío legal o reglamentario" pues, de ser ello cierto, no es el Contralor el llamado a salvar la pretendida laguna.

DUODÉCIMO: Que, en efecto, todo lo relativo al funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general es una materia de ley, de acuerdo con el artículo 63 N° 19° de la Constitución Política de la República y en la especie la CGR reguló, por la vía de un dictamen, el procedimiento de obtención de patente municipal de la explotación de máquinas que se dicen de habilidad o destreza para evitar que se otorguen patentes para el uso comercial de máquinas de azar. Es cierto, y nadie lo pone



en duda, que el juego y la apuesta, los juegos de azar en general, adolecen de objeto ilícito y sólo pueden llevarse a cabo mediante una ley que los autorice expresamente, como sucede con hipódromos, loterías y, en lo que aquí interesa, con los casinos de juego, regulados en la ley 19.995, que mantienen en sus establecimientos máquinas de juegos de azar. Se trata en el caso *sub judice* de personas que dicen explotar máquinas de juegos de habilidad o destreza -actividad que no tiene prohibición alguna- y solicitan al municipio respectivo una patente para ello, sin que la ley o un reglamento regule tal situación, produciéndose dudas acerca de si la máquina en cuestión es de azar o de habilidad y destreza, lo que ha sido fuente de una variada jurisprudencia tanto judicial como administrativa al respecto, pues claramente una máquina de juego de azar sólo puede ser explotada en un casino de juego, de acuerdo a la ley 19.995. Pero lo que se cuestiona acá es que la CGR se ha erigido en creador de un procedimiento que sólo ha podido ser establecido por la ley, pues no está dicha creación dentro de sus facultades. Tiene la CGR lo que algunos han denominado la “*potestad dictaminante*” que se agota en la interpretación de las normas, mas no puede dicho órgano contralor, a propósito de una pretendida falta de regulación -en realidad, de no estar regulado el tema como la CGR quiere que lo esté- imponer exigencias o requisitos que la ley no prevé para la obtención de una patente comercial.

DECIMOTERCERO: Que debe agregarse que, tratándose de patentes comerciales, es el Decreto Ley 3.063 el que regula esta materia, y su Reglamento para la aplicación de sus artículos 23 y siguientes (D.S. 484 del Ministerio del Interior de 1980), sin que se contenga norma especial alguna relativa a patentes



comerciales de explotación de máquinas que se dicen de habilidad o destreza. Con la actuación de la CGR, se ha innovado en una materia que también es materia de ley, como lo es la relativa a tributos.

DECIMOCUARTO: Que, como se adelantó, tampoco tiene la CGR facultades de crear procedimientos administrativos, pues ello es materia de ley, de acuerdo al N° 18° del artículo 63 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2° de la ley 18.575, de modo que el procedimiento para la obtención de una patente municipal no es otro que el contemplado en el D.L. 3.063 y en su citado Reglamento, señalando el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, en su inciso primero, que *“El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquiera otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley”*.

DECIMOQUINTO: Que dicho lo anterior, ¿puede el señor Contralor, en uso de sus facultades, erigirse en creador de procedimientos no establecidos en la ley y exigir a los municipios que, ante la solicitud de patente para explotar una máquina que se dice de habilidad y destreza, que a su vez exijan a los solicitantes un informe de la SCJ en el que conste que la máquina “no es susceptible de ser registrada en el catálogo, precisamente por no tener la naturaleza de juego de azar”? La respuesta es categórica: no puede, se excede de sus facultades, según se ha visto. Y, por lo demás, con tal dictamen se le otorga a la SCJ una potestad que ni la ley ni norma reglamentaria alguna le ha dado: como todo ente público, la SCJ está sujeta a lo que dispone el



citado artículo 7° de la Constitución Política de la República: “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”, no en la forma que lo prescriba la CGR, de suerte que la SCJ no tiene ni puede tener las facultades que voluntariosamente le ha otorgado el órgano contralor.

DECIMOSEXTO: Que, entonces, en el procedimiento de obtención de patente para la explotación de máquinas que se dicen de habilidad y destreza, los municipios se rigen por el D.L. 3.063 y su aludido Reglamento para la aplicación de sus artículos 23 y siguientes, en relación con la libertad probatoria establecida en el inciso primero del artículo 35 de la ley 19.880 y, ciertamente, deben abstenerse de otorgar tal patente si la máquina es una de juego de azar, pero no puede la CGR exceder sus facultades y crear un procedimiento que no está en la ley ni otorgar a la SCJ facultades que no tiene. Es cierto que existe confusión en la actualidad acerca del procedimiento a seguir y que distintos municipios tienen también distintas formas de proceder, pero es el legislador el que debe remediar tal situación, no el CGR, que no tiene otras facultades que aquellas que la Constitución Política de la República y la ley 10.336 le otorgan.

DECIMOSÉPTIMO: Que como se dijo, mediante la interposición del recurso de amparo económico se denuncia una infracción al artículo 19 N° 21° de la Constitución Política de la República, que en su inciso primero establece la libertad de desarrollar una actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan. La CGR, con su actuar, que ya se dijo ilegal, ha entrabado los emprendimientos relativos a



máquinas de juegos que se dicen de habilidad y destreza, estableciendo un requisito no contemplado en la ley como única forma de probar que no se trata de una máquina de juego de azar, materia que, se insiste, debe ser regulada por la ley. Claramente, si se explota una máquina que se dice de habilidad o destreza, tal actividad es lícita, y deberá cerciorarse la Municipalidad respectiva que no se trata de una máquina de juego de azar, mas no puede la CGR, sin conculcar respecto de los recurrentes su derecho contemplado en el inciso primero del citado N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental, yendo contra toda su jurisprudencia anterior y sin mayores fundamentos, establecer un procedimiento y darle a la SCJ facultades que ninguna ley le ha dado.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo único de la ley 18.971, **se acogen** los recursos de amparo económicos deducido el primero a fojas 7 por Sebastián Salazar Bastidas, Jaime Curihual Huircán, Inversiones y Comercio Handel S.A. y Comercializadora e Importadora Matucana Limitada y, el segundo, a fojas 53 por la Asociación Gremial de Operadores, Fabricantes e Importadores de Entretenimientos Electrónicos A.G. e Importadora y Comercializadora Calabaza Entertainment Limitada y, en consecuencia, **se deja sin efecto** el dictamen de la Contraloría General de la República N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, sin costas.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y consúltese si no se apelare.

N° 169-2017.

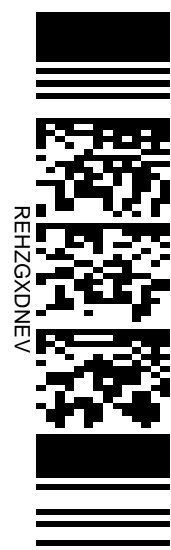


Pronunciada por la Segunda Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y por el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández.



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Jenny Book R. y Abogado Integrante Jorge Norambuena H. Santiago, veinticinco de julio de dos mil dieciocho.

En Santiago, a veinticinco de julio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de mayo de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.