



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Secretaría: especial

Ingreso Corte N°: 169-2017

Apela

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Camilo Mirosevic Verdugo, abogado, por la Contraloría General de la República, en los recursos de amparo económico caratulados "Salazar Bastidas Sebastián contra Contraloría General de la República", rol N° 169-2017 y acumulados, a SS. Iltna. respetuosamente digo:

Que estando dentro de plazo, vengo en interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de esta Iltna. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 25 de julio de 2018, en la que se acogieron los recursos de amparo económico interpuestos en contra del dictamen N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016 (en lo sucesivo "el dictamen"):

Originalmente las acciones de la especie ingresaron a tramitación ante esta Iltna. Corte de Apelaciones como recursos de protección. Mediante resolución de fecha 24 de enero de 2017, V.S. Iltna. declaró inadmisibles dichas acciones por exceder los hechos el recurso interpuesto, decisión que fue impugnada por los actores mediante reposición con apelación subsidiaria. Luego, a través de resolución de 2 de febrero del mismo año, la Sala Tramitadora de esta Iltna. Corte admitió a tramitación las acciones como "recursos de amparo económico", **sin que consten en la mencionada decisión los argumentos que condujeron a modificar la calificación jurídica de las acciones impetradas.**

Con fecha 24 de abril de 2017, la Superintendencia de Casinos de Juego (en lo sucesivo "SCJ" o "Superintendencia") solicitó ser tenida como parte en calidad de tercero coadyuvante, haciendo presente, además, una serie de consideraciones sobre el fondo del asunto. Mediante resolución de 5 de mayo de la misma anualidad, la Sala Tramitadora desestimó la aludida solicitud.

Handwritten signature or mark.

Estando vigente el decreto de autos en relación, con fecha 21 de septiembre de 2017, uno de los recurrentes interpuso recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Excmo. Tribunal Constitucional (rol N° 3890-2017) -lo que produjo la suspensión del procedimiento-, órgano que, luego de escuchar los alegatos de las partes, declaró inadmisibile el recurso mediante resolución de fecha 26 de octubre de 2017 dictada por su Segunda Sala.

Tres meses después, el 1 de diciembre de 2017, el otro de los recurrentes dedujo igual recurso de inaplicabilidad, por los mismos argumentos, que fue declarado inadmisibile por la Primera Sala del Excmo. Tribunal Constitucional mediante resolución de 11 de enero del año en curso.

Después de un año y medio de tramitación, diversas suspensiones y recusaciones planteadas por los recurrentes, la Segunda Sala de esta ltma. Corte emitió la sentencia impugnada, acogiendo los recursos de amparo económicos y dejando sin efecto el dictamen.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. La sentencia apelada no emitió pronunciamiento de fondo sobre si resultaban procedentes los recursos de amparo económico

El considerando octavo del fallo señala que, habiendo sido la Sala Tramitadora de dicha Corte la que admitió los recursos como 'recursos de amparo económico', la ltma. Corte de Apelaciones ya habría emitido una decisión sobre el particular, estimando procedente esta acción respecto de ambos incisos del artículo 19 N° 21 del Código Político, "*decisión que no es posible alterarla en esta sentencia*".

Como se puede advertir del tenor de la sentencia, **arguyendo a un pronunciamiento de trámite** –declaración de inadmisibilidat de las acciones como recursos de protección y recalificación como recursos de amparo económico efectuada antes de la vista de la causa– emitido por una sala distinta de la que correspondía conocer y resolver el asunto,

los sentenciadores omitieron pronunciarse acerca de uno de los argumentos de defensa invocado por esta parte. Así, **la sentencia prescinde de las consideraciones de hecho y de derecho que conducen a aceptar la procedencia de los recursos respecto de ambos incisos del precepto constitucional, lo que impide a esta parte conocer el razonamiento que se tuvo en consideración para desestimar la alegación que se formuló y acoger las acciones.**

Lo anterior es particularmente grave considerando que la resolución de la Sala Tramitadora no contiene fundamento alguno para justificar la inédita recalificación jurídica de las acciones, cuestión explicable dado el carácter de mero trámite de la resolución que los sentenciadores estiman constituye un pronunciamiento sobre el fondo que impide efectuar un pronunciamiento en la sentencia definitiva.

2. Improcedencia de las acciones intentadas como recursos de amparo económicos

Diversas sentencias pronunciadas por esa Illma. Corte de Apelaciones (entre otras, en causa rol N° 1.879-2016) y por la Excma. Corte Suprema (roles N°s. 7.631, 11.702 y 23.619, todos de 2014; 6.376 de 2015 y 94.687 y 97.836, ambos de 2016, entre otros) han establecido que, por argumentos de lógica jurídica, el recurso de amparo económico únicamente resulta procedente ante infracciones al inciso 2 del mencionado artículo 19, N° 21.

Así, teniendo presente que esta Contraloría General no ha pretendido desarrollar actividad económica alguna —de lo que se sigue que no ha podido afectar a los recurrentes—, no han resultado procedentes las acciones intentadas.

3. La sentencia acoge los recursos sin que exista infracción a ninguno de los incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política

Incluso en el evento de entender comprendidas en el recurso consagrado en la ley N° 18.971 las infracciones a ambos incisos del artículo 19 numeral 21 de la Carta Suprema, el fallo apelado carece de un razonamiento claro y preciso acerca de la forma en que, por medio del dictamen, esta Contraloría General habría infringido el legítimo ejercicio de esa

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

4

garantía constitucional, sin referirse a ningún caso concreto en el que se haya verificado la supuesta infracción.

En la especie no se configura el requisito esencial que hace procedente el recurso de amparo económico, cual es que exista una infracción efectiva al aludido precepto constitucional, sin que resulte procedente frente a supuestas amenazas indeterminadas.

Por otra parte, para que una actividad económica se encuentre amparada por la garantía que se invoca, ésta no debe ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y debe respetar las normas legales que la regulen, es decir, debe desarrollarse dentro del marco de la legalidad vigente.

Teniendo presente lo anterior, la reclamación de los recurrentes carece de sustento, desde el momento en que, como se verá, **a través de dicho pronunciamiento esta Contraloría General no estableció ninguna exigencia adicional para la obtención de la patente, sino que únicamente se refirió a la forma de verificar el requisito básico para el ejercicio de esa actividad, cual es que ésta sea lícita.**

En efecto, la circunstancia de que los municipios soliciten a los interesados en obtener una patente comercial para la explotación de máquinas de juego, un informe de la SCJ, a fin de determinar si las respectivas máquinas son de habilidad o destreza, no constituye impedimento alguno al ejercicio de actividades permitidas por nuestro ordenamiento; por el contrario, lo que se procura evitar es la realización de una actividad económica ilícita.

Finalmente, es menester señalar que **el fallo no se refiere a la manera en que el dictamen afecta la actividad económica de los recurrentes**, ya que si bien a partir de la recalificación de las acciones como recursos de amparo económico la legitimación activa es amplia, ello no releva al recurrente de acreditar la infracción concreta que se estima producida. Lo anterior cobra relevancia dado que **el dictamen no resulta aplicable a las actividades que desarrollan los recurrentes, puesto que se establece expresamente su aplicación hacia el futuro, sin afectar las patentes municipales otorgadas.**



4. La sentencia se funda en un supuesto inexistente: pretendido vacío legal que ampararía los “emprendimientos” de los solicitantes

La *ratio decidendi* del fallo reside en que existiría un vacío legal que permitiría la explotación de máquinas electrónicas que “se dicen” de habilidad o destreza y que, ante esa anomía, esta Contraloría General habría creado una regulación legal, cuestión que estaría vedada por no ser un Poder del Estado.

Al respecto, su considerando duodécimo expresa: “no puede dicho órgano contralor, a propósito de una pretendida falta de regulación –en realidad, de no estar regulando 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”. Agrega el considerando undécimo que: “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”.

Dicho supuesto es errado, pues la materia a que se refiere el aludido pronunciamiento se encuentra debidamente normada en diversas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, las que deben leerse e interpretarse de un modo armónico y no aislado, según pasa a explicarse:

a) Prohibición de juegos de azar como regla general: Por razones de orden público y seguridad nacional, el constituyente y el legislador han establecido como premisa básica –según se desprende del artículo 63 N° 19 de la Constitución Política, del artículo 1.466 del Código Civil y de los artículos 277 y 495 N° 14 del Código Penal–, que la explotación de juegos de azar es, por regla general, ilícita, encontrándose tipificada como delito en nuestro ordenamiento jurídico, de manera tal que las máquinas de juego de esa categoría sólo pueden ser explotadas en los casos expresamente autorizados por la ley.

b) Excepcionalidad de la explotación de máquinas de juego: Estando los juegos de azar prohibidos como regla general, el legislador, de manera excepcional, ha permitido la explotación de máquinas de juego a través de un régimen reglado de autorización

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

6

administrativa, creando al efecto un órgano público –la SCJ– con competencia técnica, dedicado a velar por el cumplimiento de la normativa pertinente.

Al efecto, el artículo 2° de la ley N° 19.995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego, dispone:

“Corresponde al Estado determinar, en los términos previstos en esta ley, los requisitos y condiciones bajo los cuales los juegos de azar y sus apuestas asociadas pueden ser autorizados, la reglamentación general de los mismos, como también la autorización y fiscalización de las entidades facultadas para desarrollarlos, todo lo anterior, atendido el carácter excepcional de su explotación comercial, en razón de las consideraciones de orden público y seguridad nacional que su autorización implica.

Es atribución exclusiva de la instancia administrativa que esta ley señala, la de autorizar o denegar en cada caso la explotación de casinos de juego en el territorio nacional” (destacado incorporado).

Luego, la explotación de máquinas de juego por personas o entidades distintas a los casinos de juego sólo puede realizarse en tanto que aquéllas no sean de azar, pues lo contrario importa el desarrollo de una actividad ilícita y que constituye delito. En esta línea, el art. 5 inc. 3 de la ley N° 19.995 prescribe: “*Los juegos de azar a que se refiere esta ley y sus reglamentos sólo se podrán autorizar y desarrollar en los casinos de juego amparados por el correspondiente permiso de operación, según se establece en las disposiciones siguientes*”. Por último, el art. 45 del mismo texto normativo establece:

“No se podrán desarrollar y explotar los juegos de azar que la presente ley establece sino en la forma y condiciones que ella regula, y sólo por las entidades que en ella se contemplan” (subrayado incorporado).

c) Procedimiento de otorgamiento de patentes municipales: El D.L. N° 3.063 de 1979, Ley de Rentas Municipales, regula en sus artículos 23 y ss. el otorgamiento de patentes para el ejercicio de actividades lucrativas, debiendo el municipio, cuando se cumplen todos los requisitos legales, otorgar la respectiva patente en la medida, por cierto, de que se trate de una actividad lícita.

En idéntico sentido, el artículo 13 inc. 1 del D.S. N° 848 de 1980, del Ministerio del Interior, Reglamento para la aplicación de los arts. 23 y ss. de la Ley de Rentas Municipales, prescribe: “*Recibida la solicitud, la Municipalidad otorgará patente definitiva en*

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

7

aquellos casos en que el solicitante cumpla con los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el giro o actividad correspondiente" (destacado añadido).

Según se dirá, resulta evidente que este cuerpo legal dictado hace 39 años debe interpretarse en armonía con el resto del ordenamiento jurídico y, particularmente, con las normas básicas que rigen a toda la Administración.

d) Catálogo de juegos de azar: La ley N° 19.995, junto con autorizar excepcionalmente la explotación de los juegos de azar, creando al efecto un órgano especializado y un conjunto de reglas procedimentales y sustantivas para el desarrollo de la actividad, definió el catálogo de juegos en su artículo 3 letra b) en los siguientes términos:

"Catálogo de Juegos: el registro formal de los juegos de suerte o azar que podrán desarrollarse en los casinos de juego, dentro de las categorías de ruleta, cartas, dados, bingo y máquinas de azar, u otras categorías que el reglamento establezca. El referido registro será confeccionado y administrado por la Superintendencia" (destacado añadido).

Por su parte, el artículo 4 inc. 1 ordena:

"Sólo se podrán desarrollar los juegos incorporados oficialmente en el catálogo de juegos y siempre que se sometan a las disposiciones que esta ley y los reglamentos determinen".

Como aparece con absoluta claridad de las disposiciones transcritas, el legislador estableció que **el Catálogo es el único registro formal de juegos de azar**, instrumento que, como indicó el dictamen, es por ende el único medio reconocido por nuestro ordenamiento para acreditar de forma objetiva si las máquinas son o no de azar, por estar incluidas o ser susceptibles de incluirse en él.

e) Órgano autónomo y técnico en la materia: Para completar el régimen de explotación de máquinas de juegos de azar, la ley N° 19.995 creó a la Superintendencia de Casinos de Juego como un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio (art. 35). Entre otras atribuciones, su artículo 37 N° 4 encarga a la SCJ:

"Fiscalizar el desarrollo de los juegos, según las normas reglamentarias de los mismos, como también el correcto funcionamiento de las máquinas e implementos usados al efecto".

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA**

8

En tanto, su artículo 42 N° 16 encarga al Superintendente: *"Accionar ante los tribunales de justicia, de oficio o a petición de parte, respecto de la explotación o práctica de juegos de azar desarrollados al margen de la presente ley por personas o entidades no autorizadas; como asimismo por los delitos e infracciones de que tome conocimiento con motivo del ejercicio de sus funciones fiscalizadoras"* (énfasis añadido).

Corolario de lo expuesto es que **la SCJ es el único órgano de la Administración del Estado encargado del Catálogo de Juegos y de determinar, por consecuencia, la naturaleza de azar o no de las máquinas electrónicas que pretenden explotarse.**

f) Principio de coordinación administrativa y aplicación en la materia: En cumplimiento del mandato constitucional, la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, reconoció, como uno de los principios básicos de organización en su artículo 3°, el de coordinación administrativa. Según este principio, y de acuerdo con lo prescrito por su artículo 5 inc. 2, los órganos de la Administración del Estado, en el cumplimiento de sus cometidos, deben actuar coordinadamente y propender a la unidad de acción con otros órganos públicos con competencia en la materia.

Atendido que las **municipalidades carecen de competencia para determinar si una máquina de juego electrónica es o no de azar, la exigencia de verificar el único registro formal de juegos de azar reconocido en nuestro ordenamiento (el Catálogo) y requerir informe del único órgano técnico en la materia (la SCJ), resultan una mera aplicación del principio de coordinación administrativa.**

Por el contrario, no es jurídicamente admisible pretender que la Ley de Rentas Municipales se aplique de forma aislada y sin respetar el principio de coordinación incorporado en la ley N° 18.575, cuerpo legal posterior y de bases generales que se impone a toda normativa legal aplicable a cualquier órgano de la Administración.

Así entonces, **siendo el informe de la SCJ la vía a través de la cual se concretiza el principio de coordinación**, entre una interpretación aislada que desatienda esta regla de actuación y permita que se genere la disparidad de criterios existentes entre las 345



municipalidades, y aquella interpretación que recoja este principio de rango orgánico constitucional, **es evidente que ha de preferirse esta última y descartarse la asumida por la sentencia.**

Como se advierte de lo indicado precedentemente, la explotación de máquinas de juego electrónicos se encuentra debidamente regulada, sin que sea razonable afirmar la existencia de un vacío legal como lo plantean los sentenciadores.

5. Supuesta creación de un procedimiento administrativo por esta CGR

En su considerando duodécimo el fallo señala que esta Contraloría General "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", afirmación que luego desarrolla respondiendo una pregunta planteada a sí mismo en su considerando decimoquinto.

Se ha indicado en el apartado anterior que la exigencia de verificar el Catálogo de Juegos creado por el legislador o requerir informe a la SCJ, **constituyen una mera aplicación de la ley N° 19.995 y del principio de coordinación administrativa**, lo que bajo ningún respecto puede calificarse como "crear un procedimiento administrativo".

6. La sentencia ha efectuado un análisis formalista y aislado de la materia

Los sentenciadores han efectuado un análisis formalista, aislado e incompleto de la fuente normativa del procedimiento de otorgamiento de una patente municipal para la explotación de máquinas electrónicas de juego, pues en su considerando decimocuarto, el fallo apelado señala 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" (destacado agregado), omitiendo en su análisis las demás disposiciones que regulan la materia y que han sido detalladas en el apartado 4 de este escrito.

En la actualidad no existe ningún procedimiento administrativo que se encuentre regulado sólo por la ley y el reglamento que lo crean, pues ellos se insertan en un marco jurídico que se conforma, además, por las normas básicas aplicables a la Administración

–ley N° 18.575–, las normas supletorias de procedimiento cuando corresponda –ley N° 19.880–, y reglas de probidad y transparencia aplicables –leyes 20.285, 20.730 y 20.880, entre otras–.

La lectura aislada y reduccionista de la normativa de rentas municipales dictada hace casi cuarenta años, desatendiendo lo ordenado por el resto del ordenamiento jurídico –particularmente por las leyes N°s 18.575 y 19.995–, pone en tela de juicio no sólo el pronunciamiento impugnado por los recurrentes, sino que cualquier interpretación sistemática y armónica del ordenamiento.

La consecuencia de la interpretación que asume la sentencia apelada es consolidar una evidente infracción al resto de la normativa aplicable, amparando el desarrollo de una actividad que puede ser ilícita y delictual.

En este sentido, es la **propia sentencia, en su considerando duodécimo**, la que **reconoce que** *"Es cierto que existe confusión en la actualidad acerca del procedimiento a seguir y que distintos municipios tienen también distintas formas de proceder"*. Es decir, los sentenciadores son conscientes de que la interpretación formalista permite mantener un estado de confusión y un trato desigual entre las 345 municipalidades, **lo que evidentemente implica vulnerar la igualdad ante la ley** y el principio de coordinación administrativa.

7. No se han otorgado facultades fiscalizadoras a la Superintendencia de Casinos de Juego mediante el dictamen

Los sentenciadores han señalado que se le ha otorgado a la mencionada Superintendencia una facultad fiscalizadora que la ley N° 19.995 no contempla. Ello no resulta efectivo, toda vez que si se analiza con detención el pronunciamiento, se observa que la intervención de esa Superintendencia en el procedimiento de otorgamiento de las patentes en cuestión se limita a realizar un análisis técnico y objetivo de las correspondientes máquinas electrónicas, a fin de determinar si son susceptibles de incorporarse al referido Catálogo de Juegos. **Ello, en ningún caso se corresponde con una actividad de fiscalización y, en cambio, sólo representa el ejercicio de las atribuciones que el legislador colocó en la esfera de competencia de la SCJ.** Por lo

demás, cabe hacer presente que ha sido el propio legislador en el artículo 42 N° 16 de la ley N° 19.995 el que asigna facultades fiscalizadoras al Superintendente, atribuyéndole legitimación activa para denunciar ante tribunales cuando advierte la explotación de máquinas que sean efectivamente de azar y no destreza¹, según se analizó en el apartado 4 letra e).

8. El dictamen fue emitido en cumplimiento de las atribuciones constitucionales y legales de la Contraloría General

La sentencia apelada expresa en su considerando duodécimo que *"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"*.

Dicha afirmación no se ajusta a la realidad, toda vez que este Organismo de Control se limitó a ejercer las facultades que constitucional y legalmente le han sido conferidas. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 98 de la Carta Fundamental, a la Contraloría General le corresponde ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, atribución que, por aplicación de los artículos 6° y 9° de la ley N° 10.336, se concretiza, entre otros mecanismos, a través de la emisión de dictámenes en los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, para efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen². En el ámbito municipal, la misma regla se reproduce en el artículo 52 de ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone: *"En el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control"*.

¹ El precepto dispone que corresponde al Superintendente: *"Accionar ante los tribunales de justicia, de oficio o a petición de parte, respecto de la explotación o práctica de juegos de azar desarrollados al margen de la presente ley por personas o entidades no autorizadas; como asimismo por los delitos e infracciones de que tome conocimiento con motivo del ejercicio de sus funciones fiscalizadoras"* (énfasis incorporado).

² Al efecto, el art. 6 inc. 1° de la ley N° 10.336 establece: *"Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y 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"* (énfasis incorporado).