



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9004-2020

[21 de abril de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 5º,
INCISO TERCERO, 6º, INCISOS PRIMERO Y FINAL; Y 9º, INCISOS
QUINTO Y FINAL, EN LAS FRASES QUE INDICA, DE LA LEY N°
10.336, DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LA
CONTROLARÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Y DEL ARTÍCULO
52 DE LA LEY N° 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE
MUNICIPALIDADES

COMERCIAL MILLIONS SPA Y ENTRETENIMIENTOS PLAYCASH
LIMITADA

EN EL PROCESO ROL N° 165.025-2019, POR RECURSO DE PROTECCIÓN,
SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

VISTOS:

Que, con fecha 24 de julio de 2020, Comercial Millions SpA y Entretenimientos Playcash Limitada, deducen un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º, inciso tercero; 6º, incisos primero y final; y 9º, incisos quinto y final, en las frases que indica, de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Controlaría General de la República, y del artículo 52 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos



seguidos por recurso de protección Rol N° 165.439-2019, acumulados al Rol N° 165.025-2019, seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna:

El texto de los preceptos impugnados dispone en la parte destacada:

Ley N° 10.336

Artículo 5º:

“(...)

En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”.

Artículo 6º: “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.

Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.

La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1º”.

Artículo 9º: “El Contralor General estará facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio.

El Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de Servicios o funcionarios, los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponda.



La falta de observancia oportuna de estos requerimientos podrá ser sancionada directamente por el Contralor General con la medida disciplinaria de multa de hasta quince días de remuneraciones, sin perjuicio de que, si lo estima procedente, pueda disponerse la suspensión, sin goce de remuneraciones, del funcionario responsable de tal omisión, hasta que se le remitan los antecedentes o informes requeridos.

Las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Contraloría General la información o antecedente que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto.

Sin perjuicio de la facultad que le concede el inciso 1°, es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1°, del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría.

Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”.

Ley N° 18.695

Artículo 52: “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”

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

A fojas 01 la actora refiere que Millions SpA y Entretenimientos Playcash son empresas dedicadas por más de siete años a la actividad económica de operación y explotación de máquinas electrónicas de habilidad y destreza en comunas de la Región Metropolitana. Agrega que ambas empresas, desde el año 2012 a la fecha, han desarrollado su giro comercial en establecimientos ubicados en las comunas de Independencia y La Cisterna, respectivamente, obteniendo en tiempo y forma las autorizaciones y permisos municipales, encontrándose al día con el pago de contribución de patente municipal.

Señala que la Contraloría General de la República, mediante el Oficio N° 25.712 de 27 de septiembre de 2019, procedió a determinar los requisitos que deben exigir y tener en cuenta los Municipios al momento de renovar una patente comercial de explotación de máquinas electrónicas de juego, oficio que es obligatorio para dichas



corporaciones en tanto es emanado del órgano contralor, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 10.336 y en la Ley N° 18.695.

Señala que dicho Oficio tiene como antecedente la consulta realizada a la Contraloría General de la República por el Senador de la República señor Alejandro Navarro y las Municipalidades de Concepción, Talcahuano y Recoleta respecto de las medidas que pueden adoptar los municipios en relación con la autorización del funcionamiento de las máquinas electrónicas de juego, fuera de los casinos de juego autorizados por la ley.

Como respuesta, el Contralor General emitió el Oficio N° 25.712 de 27 de septiembre de 2019, el cual hace referencia al anterior Oficio N° 92.308 de diciembre de 2016, el cual estableció que los municipios, en el caso que sea solicitada una patente municipal, deberán verificar si las máquinas constituyen un juego de azar o no, y sólo en este último caso, pueden otorgar la autorización requerida. Para resolver si se está ante un maquina electrónica de azar o no, se debe observar el “Catálogo de Juegos”, elaborado y administrado por la Superintendencia de Casinos de Juego, y en caso de duda, se ordena a la Municipalidad coordinarse con dicha repartición, a fin de que ésta emita un informe definiendo tal aspecto. Refieren que dicho dictamen N° 92.308 señaló en su momento que el criterio descrito regiría hacia el futuro y que no proyectaría sus efectos a las patentes municipales ya otorgadas.

Sin embargo, agregan, el Oficio N° 25.712 establece estos requisitos respecto de la renovación de los permisos municipales que ya fueron autorizados y que se encuentran vigentes, lo que supone un elemento nuevo para el pago de una patente municipal, agregando una condición no contemplada por ley.

Indica que presentó una acción de protección con fecha 26 de octubre del año 2019, en contra del Contralor General de la República, por su actuar ilegal, al emitir el Dictamen N° 25.712 de 27 de septiembre de 2019.

En cuanto al conflicto constitucional, la actora plantea que las normas cuestionadas importan una transgresión al principio de juridicidad, establecidos en los artículos 6° y 7° constitucionales, que establecen que toda actuación pública debe sujetarse de manera a lo dispuesto en la constitución. En el caso concreto, refiere que la Contraloría ha procedido a regular una actividad económica en ejercicio de su potestad dictaminante, en materias que están reservadas a al legislador.

Agrega que los preceptos impugnados contravienen a la igualdad ante la ley, y la igualdad de trato en materia económica, garantizadas en el artículo 19 N° 2 y 22 respectivamente, ya que el Contralor, al emitir el dictamen N° 25.712 extendió una nueva exigencia normativa - el informe de la Superintendencia de Casinos de Juego - a los titulares de autorizaciones que ya obtuvieron estos permisos, de tal manera que son tratados de manera desigual al sufrir efectos retroactivos.

Además, indica que existe una vulneración al derecho de propiedad, establecido en el artículo 19 N° 24 de la Carta Magna, ya que las normas cuestionadas



desconocerían derechos adquiridos por los requirentes, y les impedirán continuar ejerciendo esta actividad económica.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 28 de julio de 2020, a fojas 155, disponiéndose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma sala el día 31 de agosto de 2020, a fojas 204.

Confiriéndose traslados de estilo, evacuó traslado el Consejo de Defensa del Estado en representación de la Contraloría General de la República, solicitando el rechazo del requerimiento.

En primer lugar, respecto a la impugnación al artículo 52 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, indica que no procede la declaración de inaplicabilidad, pues dicha norma fue declarada conforme a la Constitución, en el pronunciamiento STC 50-1987 de esta Magistratura.

En segundo término, sostiene que el legislador ha reconocido la potestad dictaminante de la Contraloría, sin limitarla a determinadas materias. Así, el artículo 98 de la Carta Fundamental, en concordancia con los artículos 5°, 6°, 9° y 19 de la Ley N° 10.3366 facultan al organismo contralor a emitir dictámenes acerca de las materias de su competencia.

Luego, sostiene que restringir el control de Contraloría respecto de los actos municipales, supondría un alto riesgo funcional, pues de acuerdo al artículo 65 de la Ley N° 18.695, las resoluciones de las Municipalidades se encuentran exentas del trámite de toma de razón. En ese sentido, sería de vital importancia el control *a posteriori*, especialmente a través de dictámenes, dando cumplimiento con ello al mandato constitucional del artículo 98 de la Carta Fundamental, de ejercer el control amplio de legalidad de los actos de las municipalidades como integrantes de la administración.

Agrega que esta Magistratura ha decidido que el ejercicio de la potestad dictaminante del ente contralor es un asunto de legalidad que debe ser resuelta por los jueces de fondo. Así, refiere que la Segunda Sala de este Tribunal en causa Rol 3890-17, declaró inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 5°, inciso tercero y 9° inciso final de la Ley N° 10.336, presentado Fiden A.G en el marco de un recurso de protección en contra de la Contraloría por la dictación del oficio N° 92.308.

Sostiene que lo que se plantea en el requerimiento es un asunto de mera legalidad, pues lo que se discute en definitiva es el criterio establecido en el dictamen N° 25.712, intentando por este medio revisar el contenido de dicho pronunciamiento,



cuestión que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, y debe ser resuelta por ésta.

Lo pretendido por las sociedades requirentes, finaliza, confunde la naturaleza de este procedimiento, al utilizar la presente acción de inaplicabilidad como una vía para discutir acerca de la legalidad del dictamen, circunstancia que por sí sola justifica el rechazo del requerimiento.

A fojas 213, rola la certificación de la relatora de la causa en que consta la inhabilitación del Ministro señor Rodrigo Pica Flores.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 15 de octubre de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, los alegatos de los abogados Felipe Peroti Díaz, por la requirente y Sebastián Soto Velasco, por el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Contraloría General de la República. Se adoptó acuerdo con el día 27 de octubre de 2020, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la requirente solicita la inaplicabilidad de los artículos 5° inciso tercero, 6° incisos primero y final y 9° incisos quinto y final, en las frases que indica, de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, y del artículo 52 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, habida consideración que *“(...) la aplicación en el caso concreto de los preceptos legales impugnados tendrá como consecuencia, en el supuesto hipotético en que se rechace la acción de protección deducida por esta parte, que el dictamen N° 27.512, de 2019, se considere ajustado al ordenamiento jurídico por parte de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, validando esa decisión, otorgando eficacia retroactiva al cambio interpretativo operado el año 2016 e imponiendo la exigencia del Informe de la SCJ a los titulares de autorizaciones de funcionamiento en el marco de la “renovación” de patente municipal que ampara la explotación de máquinas de juegos, impidiendo el pago del impuesto municipal y el desarrollo del giro comercial, que incluso, puede llevar a la clausura del establecimiento comercial. Lo anteriormente señalado, como se acreditará, infringe de manera manifiesta los artículos 19 N° 2, 19 N° 21, 19 N° 22 y 19 N° 24, todos de la CPR”* (fs. 23 de estos autos constitucionales);

SEGUNDO: Que, desestimaremos la pretensión de inaplicabilidad planteada a fs. 1, habida consideración que, por una parte, se dirige a cuestionar la decisión adoptada por la Contraloría General de la República más que los preceptos legales impugnados, debiendo dirimirse por el Juez del Fondo si aquella decisión se enmarca o no dentro de la competencia atribuida por ellos, sin perjuicio de lo cual, de otra, el requerimiento aparece impugnando la potestad dictaminante, más allá de las



circunstancias del caso concreto, buscando dejar a la Contraloría General de la República y, con ello, al Dictamen recurrido ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, desprovisto de esa potestad que le ha sido atribuida por la Carta Fundamental y su ley orgánica constitucional;

I. POTESTAD DICTAMINANTE

TERCERO: Que, al crearse la Contraloría General de la República, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 Bis, de 1927, se le encomendaron las atribuciones mencionadas en su artículo 7°, pero fue un año más tarde, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 Bis, que se dispuso -también en su artículo 7°- que “[e]s obligación del Contralor General, emitir su informe por escrito, a petición de cualquier Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos o de la administración de bienes nacionales respecto al objeto o alcance de cualquier ítem del Presupuesto, fondo especial o de reserva, o sobre la aplicación de los ingresos, legalidad de los desembolsos o disposición de cualquiera propiedad del Estado. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministro del ramo, ante el Presidente de la República, y dentro del plazo de treinta días, contados desde la notificación de la providencia recurrida”.

1. Regulación legislativa

CUARTO: Que, dicha atribución fue ampliada, en 1932, conforme al artículo 7° del Decreto Ley N° 258, en virtud del cual “[e]l contralor estará facultado para dirigirse directamente a cualquier jefe de oficina o a cualquier empleado o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos o informaciones o de dar instrucciones relativas al servicio.

Sin perjuicio de la facultad que le concede el inciso anterior, es obligación del contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier jefe de oficina o de servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso primero del artículo precedente; con la organización y funcionamiento de los servicios públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley dé intervención a la Contraloría.

Estos informes serán obligatorios para funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.

Corresponderá exclusivamente al contralor, informar los expedientes sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones y montepíos, o cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos fiscales, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”;



QUINTO: Que, la Ley N° 10.336, -hoy, Orgánica Constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 inciso primero de la Carta Fundamental, en relación con su Cuarta Disposición Transitoria-, en 1953, dispuso, en el artículo 5° inciso tercero que “[e]n los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes” y en su artículo 6° -sin modificaciones a la fecha- que “[c]orresponderá 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.

Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.

La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°.

Asimismo, el artículo 9° de dicha ley preceptúa, en sus inciso quinto y final, que “(...) es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1° del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría.

Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran”;

SEXTO: Que, una de las leyes que confiere “intervención” a la Contraloría General de la República es, precisamente, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que, en su artículo 52 -uno de los preceptos impugnados en estos autos-, dispone que “[e]n 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”;

SEPTIMO: Que, como explica la profesora Alicia de la Cruz Millar (*Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Santiago, Ediciones DER, 2020, pp. 53-62), la potestad dictaminante se fue consolidando desde mediados de la década de 1940, bajo el contralor Humberto Mewes Bruna, y reforzando -siendo Contralor don Enrique Silva Cimma- su fuerza imperativa, para regularla cuando se



requiera su ejercicio a solicitud de los órganos de la Administración del Estado y de los particulares tanto mediante el Dictamen 89.169, de 1974, expedido por el contralor Héctor Humeres Magnan, como por el Dictamen N° 24.143, de 2015, emitido por el contralor Ramiro Mendoza Zúñiga (pp. 244-248);

2. Reconocimiento constitucional

OCTAVO: Que, con motivo de la dictación de la actual Constitución, se debatió en la Comisión de Estudio acerca de la competencia de la Contraloría General de la República, a raíz de la intervención de don Raúl Bertelsen Repetto, quien proyectaba el ámbito de acción de dicho Órgano *“(...) como un control externo que opera sobre la administración, pero restringido a dos materias: el control jurídico y el control contable-financiero. El control jurídico únicamente en el aspecto de fiscalización; el contable-financiero, un control pleno”*, a propósito de lo cual, el Presidente de la Comisión, Enrique Ortúzar Escobar, sostuvo que *“(...) el texto constitucional tendrá que ser muy escueto y señalar con cierta flexibilidad y de un modo amplio la función de la Contraloría. De manera que en definitiva sea la Ley Orgánica la que establezca las excepciones o los casos en que el Órgano Contralor puede tener intervención, ya que, inclusive, tratándose de las empresas del Estado, hasta podría darse la circunstancia de que una de ellas o el Presidente de la República solicite la intervención de la Contraloría. Es posible que la ley se vea en la necesidad de consignar esa alternativa, tal como existe en la actualidad en uno de los decretos leyes, pero estas ya son todas materias de ley”* (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 319ª, celebrada el martes 4 de octubre de 1977);

NOVENO: Que, en este sentido y examinando un requerimiento de inaplicabilidad en un caso análogo al de estos autos, en el Rol N° 6.900, ya razonamos sobre la base que *“(...) carece de fundamento plausible la argumentación de que la Constitución Política de 1980 repudiaría la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República para interpretar las leyes y reglamentos que rigen a la Administración. Los debates habidos al respecto en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, aludidos por la requirente, si bien reflejan ciertas aprensiones de algunos de sus miembros acerca de dicha potestad, establecida en la Ley N° 10.336, cuyo texto refundido data de 1964, ellas no logran desvirtuar el hecho de que la normativa constitucional aprobada, en definitiva, no aparece restándole competencia alguna a las que esa Entidad fiscalizadora venía ejerciendo con anterioridad.*

Un estudio atento de las actas de la mencionada Comisión da cuenta de que primó la necesidad de mantener radicada en la Contraloría General de la República la competencia para informar -en forma exclusiva y obligatoria- acerca de la extensa legislación administrativa vigente, a fin de evitar la dispersión de interpretaciones y la incerteza que ello podría traer consigo.



Lo cual, además, se estimó como una medida relevante para asegurar la "correcta aplicación" de esas leyes y reglamentos por las autoridades concernidas, especialmente cuando a través de su ejercicio abusivo pudieran llegar a dictarse actos administrativos lesivos para los funcionarios o los privados" (c. 5°);

DECIMO: Que, por ende, queda así, en evidencia, la intención del constituyente en orden a conferir un mayor margen de competencia para el legislador orgánico constitucional en este caso, como se verifica en la frase final del artículo 98 inciso primero de la Carta Fundamental al habilitarlo para que señale "las demás funciones que le encomiende" a la Contraloría General de la República;

3. Contenido, límites y control

DECIMOPRIMERO: Que, a partir de estas consideraciones, conforme al artículo 6° de la Ley N° 10.336, hoy contenida en el Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, al Contralor le corresponde informar, en primer lugar, sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos; en seguida, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo; en tercer lugar, respecto del funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen; y, por último, respecto de cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre en relación con la correcta aplicación de las leyes respectivas.

Sin embargo, aquella potestad dictaminante no puede recaer en los asuntos que, por su naturaleza, sean propiamente de carácter litigioso o estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Estas decisiones y dictámenes, en fin, son los medios que pueden hacerse valer como constitutivos de jurisprudencia administrativa.

DECIMOSEGUNDO: Que, adicionalmente y de acuerdo con el artículo 9° inciso cuarto de la Ley N° 10.336, el Contralor está también obligado a emitir su informe, por escrito, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso primero del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Agregando, el inciso quinto de aquel precepto legal, que estos informes son obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.



DECIMOTERCERO: Que, en este contexto normativo, la potestad dictaminante ha venido cumpliendo una función relevante como mecanismo de control de la actuación de los órganos de la Administración del Estado, sin perjuicio de lo cual debe sujetarse, rigurosamente, a los términos con que ha sido atribuida por la Constitución y la ley orgánica constitucional respectiva, correspondiendo velar por esta sujeción al Poder Judicial;

DECIMOCUARTO: Que, como se ha enunciado, el ámbito de ejercicio o extensión de la potestad dictaminante no es absoluto, pues no puede alcanzar a los asuntos que, por su naturaleza, sean propiamente de carácter litigioso o estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Ello, sin dejar de considerar que la propia Contraloría General de la República ha definido límites materiales para el ejercicio de su potestad dictaminante, especialmente, cuando ella conlleva la invalidación de actos administrativos, pues *“[l]a jurisprudencia revela que el órgano contralor ha mostrado especial preocupación en intentar armonizar el ejercicio de sus facultades -entre las cuales se encuentra la orden de invalidación, como hemos explicado- con los principios generales de seguridad jurídica y protección de la buena fe con la que actúan los particulares en sus relaciones con la Administración (...)”* (Eugenio Evans Espiñeira y Domingo Poblete Ortúzar: *“Efectos que produce la declaración de contrariedad a derecho de un Acto Administrativo por parte de la Contraloría General de la República”, La Contraloría General de la República. 85 Años de Vida Institucional (1927-2012)*, Santiago, Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República, 2012, p. 133).

DECIMOQUINTO: Que, especialmente y conforme a lo dispuesto en el artículo 6° inciso tercero de la Ley N° 10.336, *“[r]especto al primer límite, a fin de cuentas, la ley “no está haciendo más que particularizar y concretar la [...] prohibición de rango constitucional (art. 76), que proscribire a la Administración “ejercer funciones judiciales”. En el sentido que Contraloría no puede dictaminar sobre la legalidad de un acto administrativo, a instancias de un particular, si de su invalidez pudieran derivarse perjuicios para los derechos de terceros, porque zanjar el [quid juris], cual es el límite de un derecho y del ajeno, comporta un asunto eminentemente litigioso, de exclusivo conocimiento judicial”*.

Ahora bien, se debe entender de manera flexible este límite, pues “si se lo entendiera en términos expansivos, como cualquier asunto susceptible de pronunciamiento judicial o sobre el que exista controversia jurídica, la función de la Contraloría tendería a desaparecer, atendidas las amplísimas competencias contencioso-administrativas de los tribunales ordinarios o especiales”.

Respecto al segundo límite, en el caso que el asunto ya se encuentre radicado en sede jurisdiccional, ahí el órgano contralor no puede pronunciarse, puesto que estarían sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. “[S]e entiende nitidamente que si el asunto ya está radicado en sede jurisdiccional, la Contraloría no puede emitir parecer alguno, por configurarse la susodicha prohibición que le impide dictaminar en asuntos “que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”, en correspondencia con aquel impedimento general



de “*avocarse causas pendientes*” (Juan Ignacio Johnson Narváez: “¿Es la Función Dictaminadora de la Contraloría General de la República una manifestación de la Función Consultiva?”, *Revista de Estudio Ius Novum*, Vol 13 N° 1, Santiago, Centro de Estudios Ius Novum, 2020, p. 322);

DECIMOSEXTO: Que, finalmente y desde el punto de vista del control de la potestad dictaminante, esta Magistratura ya ha señalado que “(...) *si el dictamen contralor es jurídicamente irreprochable, sólo el Poder Legislador podría retomar su potestad normativa para cambiar la jurisprudencia administrativa, total o parcialmente, sobre la base de una diferente apreciación interpretativa de las normas involucradas (...)*” (c. 17°, Rol N° 3.283), pero que se encuentran sujetos a control judicial, por cuanto “(...) *no existen actos estatales exentos de revisión jurisdiccional. Sea en virtud del derecho a defensa jurídica, asegurado en el artículo 19, N° 3, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, sea porque entre las bases generales de la Administración del Estado el artículo 38, inciso segundo, del texto supremo prevé que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, por ambos y otros preceptos esenciales a la vez, es que cualquier acto de la autoridad puede ser objetado en sede judicial, respecto a su plena conformidad a Derecho (STC roles N°s. 415, considerando 13°, y 2009 considerando 31°, entre muchas)*” (c. 15°, Rol N° 3.283);

DECIMOSEPTIMO: Que, así las cosas, la potestad dictaminante, constitucional y legalmente atribuida a la Contraloría General de la República, configura una atribución acotada y judicialmente controlable. Acotada, en primer lugar, conforme a lo preceptuado en los artículos 5°, 6°, 9° y 19 de su Ley Orgánica Constitucional y al tenor de lo previsto en los artículos 10 y 3° inciso sexto de la Ley N° 19.880, en virtud del cual “[c]onstituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”, a través de los que se fija el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas, tal y como lo ha asentado el propio Ente de Control desde sus Dictámenes N° 67.927, de 1963, y N° 65.058, de 1964;

DECIMOCTAVO: Que, dicha potestad interpretativa es, asimismo, acotada, en segundo lugar, porque, como lo ha reconocido la propia Contraloría General de la República, su ejercicio no permite llenar vacíos legales (Dictamen N° 10.873, de 1994) y menos crear excepciones no previstas en la ley (Dictamen N° 7.474, de 1995).

DECIMONOVENO: Que, en fin, se trata de una atribución susceptible de ser controlada judicialmente, tal y como lo declara el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, por ejemplo, a través del recurso de protección que constituye la gestión pendiente en estos autos;

VIGESIMO: Que, en suma, siendo la potestad dictaminante una atribución conferida por la Constitución y la ley a la Contraloría General de la República, hallándose delimitada en dicha preceptiva legal, en relación con la Ley N° 18.695 y la



Ley N° 19.880, y resultando susceptible de ser controlada judicialmente, en principio, releva de cuestionamientos constitucionales a los preceptos legales que la configuran, sin perjuicio que, conforme a la naturaleza y características de la acción de inaplicabilidad, debe verificarse que, en el caso concreto, no se haya incurrido en una aplicación de ella que resulte contraria a la Carta Fundamental;

II. DECISIÓN DEL REQUERIMIENTO

VIGESIMOPRIMERO: Que, en la gestión pendiente, se ha solicitado declarar que el Dictamen N° 25.712, de 2019, constituye una actuación ilegal y arbitraria que vulnera los derechos contenidos en el artículo 19 N° 2°, 21°, 22° y 24° de la Constitución, al dotar – a juicio de las accionantes- de efecto retroactivo al Dictamen N° 92.308, de 2016, ya que “(...) contiene un cambio de criterio relevante, toda vez que, instruye a los municipios no autorizar el ejercicio de la actividad gravada de explotación de máquinas electrónicas, respecto de las patentes otorgadas con anterioridad a la emisión del citado dictamen N° 92.308, de 23 de diciembre 2016, ya que su renovación por un nuevo período sólo resultaría procedente si se cumple con la exigencia de contar con un Informe de la SCJ en el que conste que las máquinas electrónicas no son susceptibles de ser registradas en el respectivo Catálogo de Juegos, y que hasta esa fecha según el tenor de lo expresado en el mencionado dictamen N° 92.308, de 2016 solo regía “[...] hacia el futuro, y por ende, no afecta las patentes municipales ya otorgadas” (fs. 45-46);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, de esta manera, la requirente cuestiona, en estos autos, el alcance con que se ha ejercido la potestad dictaminante, al emitir el Dictamen N° 25.712, de 2019, en cuanto el Órgano Contralor habría excedido su competencia, asumiendo potestades judiciales e invadiendo el ámbito reservado a la ley, sometiendo ese cuestionamiento a control judicial, correspondiéndole al Juez del Fondo dirimir si se ha excedido o no el ámbito de competencia que la Carta Fundamental y la ley orgánica constitucional han atribuido a la Contraloría General de la República, en los artículos 5°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336, en relación con el artículo 52 de la Ley N° 18.695, tal y como ya hemos expresado;

VIGESIMOTERCERO: Que, en consecuencia, el cuestionamiento, tanto en sede de protección como de inaplicabilidad, se dirige al alcance o extensión con que la Contraloría General de la República ha ejercido, en el caso concreto, la potestad dictaminante, en cuanto a si se ha mantenido dentro del ámbito de la competencia con que ella ha sido atribuida por la Carta Fundamental y su ley orgánica constitucional o si lo ha excedido al dotar de efecto retroactivo un pronunciamiento anterior, pues, como hemos señalado, dicha potestad ha sido conferida con límites y no con carácter absoluto;

VIGESIMOCUARTO: Que, el asunto que tiene que resolverse, en la gestión pendiente, dice relación con el respeto o quebrantamiento de aquellos límites por parte del Órgano Contralor, lo cual debe ser conocido y decidido por los Jueces del Fondo, pues el Dictamen N° 25.712, de 2019, se encuentra sujeto a control judicial, por



cuanto no existen actos estatales exentos de revisión jurisdiccional, por lo que no es la aplicación que se ha hecho de los preceptos legales cuestionados lo que afectaría los derechos de la requirente/accionante de protección, sino, precisamente, que el Órgano de Control haya transgredido los límites contemplados en la Ley N° 10.336 en el ejercicio de la potestad dictaminante, lo cual debe ser examinado por los Tribunales Superiores de Justicia en la gestión pendiente;

VIGESIMOQUINTO: Que, la jurisprudencia de esta Magistratura ha ido delimitando los confines de su competencia en sede de inaplicabilidad frente a la que corresponde a los Jueces del Fondo en casos como el que aquí se nos plantea.

VIGESIMOSEXTO: Que, en esta perspectiva, en el Rol N° 794 se planteó “[q]ue la aplicación de un precepto legal que resulte contrario a la Constitución y que corresponde apreciar al Tribunal Constitucional al conocer de una acción de inaplicabilidad, no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de dicho precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto, que rectamente interpretado y entendido infringe la Carta Fundamental” (c. 6°).

A su turno, en el Rol N° 2.292 expusimos “(...) que es distinto cuando una inconstitucionalidad deriva de infringir la ley, que cuando una inconstitucionalidad resulta como consecuencia de aplicar la ley. Porque, mientras toca a los jueces del fondo corregir y remediar el eventual error cometido al aplicar cierta disposición legal durante alguna gestión judicial, aunque ello traiga aparejada alguna consecuencia inconstitucional, es, en cambio, de resorte exclusivo de este Tribunal, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental, declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación resulte o emerja contraria a la Constitución (...)” (c. 2°).

Por su parte, en el Rol N° 2.784 sostuvimos que a esta Magistratura “(...) le corresponde declarar inaplicable cualquier precepto legal cuya aplicación es o pueda resultar inconstitucional, en tanto que si el resultado inconstitucional deriva de incumplir la ley, esa infracción de ley sólo puede ser corregida por los jueces del fondo (...)” (c. 2°).

Finalmente, en el ya citado Rol N° 6.900, donde también se accionó de inaplicabilidad en contra de los preceptos legales que relativos a la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, fuimos precisos en señalar que “(...) otra cosa distinta, es el contenido de cada dictamen en particular, obviamente cuestionable en sede judicial. Tales pronunciamientos, coma cualquier otro acto administrativo, deben sujetarse al principio de juridicidad que les impide, amén de otros excesos, arrogarse prerrogativas radicadas en los demás Poderes del Estado, acorde con lo prescrito en los artículos 6° y 7° de la Constitución y en el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Naturalmente, esto envuelve la prohibición de “ejercer funciones judiciales”, que, con arreglo al artículo 76, inciso primero, de la Carta Fundamental incumbe en exclusiva a los



tribunales del Poder Judicial. Merced a la cual el propio artículo 6°, inciso tercero, de la Ley N° 10.336 le veda a la Contraloría General de la República dictaminar en "los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso".

Pues bien, a falta de una jurisprudencia administrativa uniforme que connote esta cohibición, donde se despeje si ello acontece cuando existen derechos fundamentales enfrentados entre distintos privados, como ocurriría en la especie, su elucidación no puede sino corresponder a los tribunales del Poder Judicial" (c. 7°);

VIGESIMOSEPTIMO: Que, en definitiva, conforme a lo planteado en el requerimiento de fs. 1 no se trata de resolver si la aplicación de los preceptos legales cuestionados resulta o no contraria a la Constitución, sino de verificar, precisamente, si la potestad dictaminante se ha ejercido o no dentro de los márgenes definidos por el legislador o si la Contraloría General de la República ha excedido esa competencia legalmente tasada, invadiendo la del Poder Judicial o la del legislador, al exigir -para la renovación de patentes municipales- un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos, en el que conste que una máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo de juegos de azar, correspondiéndole a los Tribunales Superiores de Justicia dirimir, en la gestión pendiente, si el Dictamen objetado ha transgredido o no la Constitución, por haber excedido la potestad conferida por los artículos 5°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA LA ACCIÓN DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.**
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, quien estuvo por acoger el requerimiento de fojas 01, por las siguientes consideraciones:



1º. La Contraloría General de la República, en ejercicio de su potestad dictaminante, estableció que los municipios, en el caso que sea solicitada una patente comercial municipal por primera vez (Oficio N° 92.308/2016) o al momento de pedir su renovación (Oficio N° 25.712/2019), deberán verificar si las máquinas electrónicas cuya explotación constituye el giro del negocio son un juego de azar o no y, sólo en este último caso, pueden otorgar la autorización requerida. Para tal efecto, se ordena a la Municipalidad coordinarse con dicha repartición, a fin de que ésta emita un informe definiendo tal aspecto.

2º. Esta causa da cuenta de la aplicación concatenada de diversas disposiciones legales (mediadas por actos jurídicos infralegales -municipal y dictaminador) que, operando como bloque, proporciona el sustento legal de un procedimiento de inspección o verificación bajo la forma de una aprobación previa de funcionamiento y que tiene como efecto prohibir el desarrollo de una actividad económica hasta ahora lícita.

3º. El pilar central y pegamento de este bloque jurídico sin el actual el acto municipal que deniega la solicitud de renovación de patente municipal carecería de respaldo está constituido por los preceptos que se impugnan en el requerimiento y que habilitan a la Contraloría General de la República a emitir dictámenes vinculantes para las Municipalidades. Sin el dictamen N° 25.712 de 2019, la Municipalidad no habría modificado su posición frente a la petición de renovación de la patente por parte de la empresa.

4º. Los dictámenes introducen un nuevo procedimiento o trámite en virtud del cual la Superintendencia de Casinos y Juegos puede desplegar una actividad fiscalizadora a través de las municipalidades, algo inviable de no mediar el suplemento jurídico por la Contraloría General de la República y que ha sido justificado ante este Tribunal como un mero ejercicio interpretativo (vía dictamen) inspirado en el principio de coordinación.

5º. La realidad es diferente. El efecto del ejercicio de la potestad dictaminante es equivalente al de una norma jurídica vinculante (antes inexistente). Estamos en presencia de una creación normativa impropia. A través de un dictamen emitido en aplicación de las normas impugnadas y cuyo efecto aún se ha agotado, se ha instituido un mecanismo regulatorio de aprobación previa ajeno a la condición exigida por la frase final del inciso primero del artículo 19, N° 21º de la Constitución y con un resultado que afecta en su esencia el derecho a desarrollar una actividad económica. Se ha suplido una carencia normativa. Para incrementar la eficacia de un sistema de verificación acerca de si se está o no ante un juego de azar debe recurrirse a la dictación de normas jurídicas y no de dictámenes.

6º. Por medio del ejercicio de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República sobre el alcance de la atribución municipal general para otorgar, renovar o denegar patentes comerciales, se ha dado origen a una nueva e importante pieza regulatoria sectorial. En efecto, se ha puesto en marcha un control



de entrada que permite verificar si una máquina de juego es o no de azar, posibilitando que el organismo sectorial rector pueda extender su rol tutelar a través del ejercicio de una facultad pasiva consistente, simplemente, en evacuar los informes técnicos que se le pidan. La Superintendencia necesitaba aumentar la eficacia en el cumplimiento de los estándares sobre la materia y las municipalidades, a su vez, requerían de respaldo sobre la juridicidad de sus actuaciones coadyuvantes, la cual ha sido proporcionada por el órgano contralor.

7º. Aquí no existe un vicio legal específico -de carácter formal- en el proceder de los distintos actores públicos involucrados: la Superintendencia de Casinos y Juegos evacúa los informes técnicos que le piden (para lo cual está habilitada), la Municipalidad se comporta en forma respetuosa con lo dictaminado por la Contraloría General de la República y esta última ejerce una potestad para la cual también está legalmente habilitada. Sin embargo, si se aprecia lo anterior con una mirada de conjunto y con atención en los efectos de todos los componentes puestos en movimiento, se concluye que a la empresa se le está sometiendo a exigencias incompatibles con la Carta Fundamental: cumplir con el requisito no legalmente previsto de someter las máquinas a validación técnica por parte de la Superintendencia como condición para poder renovar la patente comercial municipal y, así, poder seguir desarrollando una actividad económica.

Repetimos. Si se analiza cada uno de los íter de forma aislada y estática, ninguno presenta por sí solo un efecto inconstitucional. Sin embargo, evaluados de manera conjunta y dinámica -que es lo que exige un adecuado entendimiento de la forma en que las normas han operado respecto del requirente- es posible constatar un déficit normativo y un resultado incompatible con el artículo 19, N° 21º, de la Constitución Política de la República.

8º. El artículo 19, N° 21º garantiza que la regla por defecto, ante la ausencia de una regulación sectorial (específica) de entrada, sea la libertad para iniciar una actividad económica, sin perjuicio que ésta pueda cesar si con posterioridad se verifica su ilegalidad. En este caso, de acuerdo a los antecedentes de la causa, la empresa ha desarrollado una actividad económica respetando las normas legales que la regulan. Frente a la municipalidad, la empresa obtuvo inicialmente su patente, pero, ahora, al solicitar la renovación de la misma y sin mediar cambio regulatorio formal alguno, ve amagada la posibilidad de seguir funcionando legalmente. Por aplicación de los preceptos legales impugnados se ha creado ex novo un procedimiento de control administrativo de verificación de la regla del artículo 45 de la Ley N° 19.995 (sobre casinos de juego) que indica que “no se podrán desarrollar y explotar 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”.

Tanto es así que, sólo después del primero de los dictámenes de la Contraloría General de la República aludidos al inicio y con el objetivo de darle cumplimiento, la Superintendencia de Casinos y Juego, a través de la Circular N° 83 de febrero de 2017,



fijó el procedimiento de otorgamiento de informes para la obtención de la patente municipal de explotación de juegos de habilidad y destreza.

9°. Es importante señalar que este voto disidente no pretende discutir sobre la necesidad de fortalecer el control sobre las máquinas de azar. Pero, si así se estimara, ésta no es una vía constitucionalmente idónea. De hecho, el mecanismo ideado conlleva, además, el peligro de transformar la norma legal para el otorgamiento de patentes municipales (la que tiene incidencia en el ejercicio de toda actividad, profesión u oficio) como una regulación de entrada general para el desarrollo de cualquier actividad económica.

10°. Por último, cabe tener presente que lo argumentado en este voto no es inconsistente con las sentencias de este Tribunal en causas en que las gestiones judiciales pendientes han sido procesos penales por infracción a la normativa sobre juegos de azar, mecanismo correctivo ex post que se ha considerado compatible con la Constitución Política de la República.

Por tanto, de acuerdo a lo argumentado precedentemente, el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto ha debido acogerse.

PREVENCIÓN

Se previene que el Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO concurre al voto de mayoría que estuvo por acoger el requerimiento, sin compartir el fundamento desarrollado en el considerando 7°.

Redactó la sentencia el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la disidencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y la prevención el Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9004-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.



Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.