



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9345-2020

[1 de julio de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 5°,
INCISOS SEGUNDO Y TERCERO, 6°, INCISO PRIMERO, PARTE
FINAL, 9°, INCISOS QUINTO Y SEXTO, TODOS DE LA LEY N° 10.336
Y EL ARTÍCULO 52 DE LA LEY N° 18.695

SOCIEDAD EXPORTADORA, IMPORTADORA Y
COMERCIALIZADORA DE JUEGOS ELECTRÓNICOS LIMITADA O
DIGITAL GAME LIMITADA

EN EL PROCESO ROL N° 1467-2020, SOBRE RECURSO DE
PROTECCIÓN, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE
LA SERENA

VISTOS:

Con fecha 23 de septiembre de 2020, Sociedad Exportadora, Importadora y Comercializadora de Juegos Electrónicos Limitada o Digital Game Limitada ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5°, incisos segundo y tercero, 6°, inciso primero, parte final, 9°, incisos quinto y sexto, todos de la Ley N° 10.336 y el artículo 52 de la Ley N° 18.695; en el proceso Rol N° 1.467-2020, sobre recurso de protección, seguido ante la Corte de Apelaciones de La Serena.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:



“Ley N° 10.336, Ley de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República

(...)

Artículo 5°. *El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten.*

El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva.

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.

Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio

Artículo 6°. *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 al artículo 1°.

(...)

Artículo 9°. *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, Orgánica Constitucional de Municipalidades

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

Señala la parte requirente ser una empresa dedicada al rubro de la entretención por más de diez años, en la comuna de Los Vilos, operando dos locales comerciales.

Explica que tales locales se encuentran amparados por las patentes comerciales N° 228697; y 228551, otorgadas por la Municipalidad de Los Vilos. Sin embargo, por medio de los Decretos Alcaldicios N° 1.239; y N° 1.240 del 9 de julio de 2020 del



Alcalde de dicha localidad, se ha procedido a la clausura de ambos Locales Comerciales, basándose en el Dictamen N° 25.712 de la Contraloría General de la Republica de fecha 27 de septiembre de 2019.

Lo anterior, explica, pese a que la Municipalidad de Los Vilos ya había autorizado el funcionamiento de sus locales comerciales en enero de 2020, accediendo al pago de las Patentes respectivas.

En virtud de tal acto, estimado como ilegal y arbitrario por ella, dedujo recurso de protección en contra de la Municipalidad de Los Vilos, y en contra de la Contraloría General de la Republica, por ser el Dictamen N° 25.712, vulneratorio de derechos protegidos por la Constitución.

Dicha acción se sustancia ante la Corte de Apelaciones de La Serena y en la misma denuncia que el acto recurrido priva, perturba y amenaza el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, en particular, el derecho de igualdad ante la ley contenida en el artículo 19 N° 2°, la libertad para desarrollar actividades económicas lícitas regulada en el artículo 19 N° 21°, el derecho a la igualdad en materias económicas contenida en el artículo 19 N° 22° y el derecho de propiedad asegurado en el artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental.

Con fecha 28 de septiembre de 2020 la Corte de Apelaciones de la Serena resolvió el recurso de protección desestimándolo, siendo decretada la suspensión del proceso, por la Primera Sala de esta Magistratura, con fecha 2 de octubre de 2020.

La parte requirente ha deducido recurso de apelación en la gestión judicial pendiente invocada con fecha 3 de octubre de 2020.

Afirma que el acto administrativo del Dictamen N° 25.712 emitido por la Contraloría General de la República, constituye una actuación ilegal y arbitraria que lesiona gravemente los derechos fundamentales mencionados, por cuanto confiere efecto retroactivo al pronunciamiento de la Contraloría del año 2016, en el Dictamen N° 92.308, afectando a establecimientos comerciales que explotan máquinas electrónicas de juegos amparadas por autorizaciones de funcionamiento obtenidas con anterioridad a la emisión del señalado acto y a situaciones jurídicas ya consolidadas previas al cambio de jurisprudencia, lo cual implica, necesariamente, imponer un requisito nuevo no previsto en el régimen legal que regula la explotación de máquinas electrónicas al momento de otorgarse la autorización de funcionamiento, y que ha justificado la clausura de dos Locales Comerciales mediante los Decretos Alcaldicios de la Ilustre Municipalidad de Los Vilos N° 1.239; y N° 1.240.

Comenta que el Decreto Supremo N° 484 y el Decreto Ley N° 3.063, establecen los requisitos para la obtención de Patentes Municipales, no señalando mayores requisitos como en otras actividades que son reguladas por ley, tal como acaece con la Ley N° 19.925, sobre Ley de Alcoholes. Al no existir una ley que regule una materia, no es procedente que esta se regle por medio de Dictámenes administrativos estableciendo mayores exigencias a los contribuyentes, por lo que dicho Dictamen ha



sido dictado "*Contra Legem*", al requerir mayores exigencias, de las ya establecidas por el legislador.

Estima consecucionalmente infringidos los artículos 7° y 19 N° 2°, 21°, 22° y 24° de la Constitución.

Afirma así que se afecta en la especie la libertad económica y el igual trato en tal materia. Los decretos alcaldicios basados en el Dictamen antes referidos, neutralizan una actividad económica que se viene desarrollando hace más de diez años, a través de la imposición de una exigencia inexistente en la normativa, como consecuencia de una extensión temporal de sus criterios interpretativos. Este impedimento ilegítimo configura una afectación grave a las prerrogativas de uso y goce que emanan de dichas autorizaciones de funcionamiento, en particular, el desarrollo de inversiones, la obtención de recursos e ingresos por la explotación del negocio o el valor económico que ostenta la patente comercial que puede ser transferida con el establecimiento que ampara.

Añade que, de conformidad al artículo 7° de la Constitución la Contraloría no tiene facultades para regular fuera de sus esferas de competencia. No obstante, con la sola promulgación del Dictamen N° 25.712, vulnera preceptos legales y constitucionales, abarcando materias que no se encuentran dentro de las esferas de su competencia, vulnerando el artículo 7° de la Constitución.

De igual modo, estima vulnerado el artículo 19 N° 24° de la Constitución. Con la ejecución de los Decretos Municipales, y la aplicación del Dictamen 25.712, se ha producido una pseudo expropiación administrativa, que no ha sido compensada por el órgano competente ya que adolece de una ilegalidad al vulnerar las normas legales que regulan la actividad de explotación de máquinas electrónicas de juego, pretendiendo efectuar una aplicación retroactiva del dictamen N° 92.308, de 2016, y establecer mayores requisitos o exigencias para las patentes comerciales ya otorgadas con antelación al año 2016.

Destaca que el propio Dictamen N° 92.303 señala que regirá para el futuro, y que, por tanto, no afectará patentes ya otorgadas con antelación a su fecha, vulnerando derechos de propiedad, de libertad económica, de igualdad ante la ley, imponiendo una condición relativa a un Informe de la Superintendencia de Casinos y Juegos, situación que no se encuentra contemplada en la ley, ni reglamento alguno.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 2 de octubre de 2020, a fojas 74 disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 22 de octubre de 2020, a fojas 171, se declaró admisible, confiriéndose traslados de fondo.



Consta inhabilitación del Ministro señor Rodrigo Pica Flores a fojas 73 del expediente.

Traslados evacuados

La **Municipalidad de los Vilos**, a fojas 180, ha evacuado traslado abogando por el rechazo. Afirma, en síntesis lo siguiente:

Las actuaciones de la Contraloría General de la República se enmarcan dentro del actuar que la Constitución le ha encomendado a través de la dictación de la normativa orgánica, la cual garantiza el pleno respeto a la juridicidad propia de un Estado de Derecho.

El requirente confunde el contenido de los dictámenes de la Contraloría en cuestión con la normativa impugnada. En la especie no se produce una suerte de expropiación administrativa, como aduce la actora. Lo que se alega es una errónea aplicación de normativa relativa a atribuciones propias de una autoridad edilicia.

Afirma que el dictamen N° 25.712 no es contrario al artículo 7° de la Carta Fundamental. En la especie no se está frente a un derecho indubitado que no esté sujeto a ningún tipo de condiciones o plazo, pues compete al municipio verificar los requisitos necesarios para la renovación de patentes municipales, de conformidad al art. 19 N° 21° de la Carta Fundamental.

El **Consejo de Defensa del Estado** evacúa traslado a fojas 186. Solicita, igualmente, el rechazo de libelo.

Las normas cuestionadas no resultan decisivas en la resolución del asunto litigado en autos, en cuanto la Corte de Apelaciones de la Serena se pronunció sobre el recurso de protección desestimándolo por su extemporaneidad, al haberse deducido más de diez meses después de haberse pronunciado el Dictamen N° 25.712.

Precisa que en el recurso de apelación deducido los actos administrativos impugnados son los Decretos N° 1.239, y N° 1.240 de 10 de julio de 2020 de la I. Municipalidad de los Vilos. De tal modo, la legalidad del Dictamen N° 25.712, y la procedencia del recurso de protección contra la Contraloría General de la República no es un asunto controvertido por las partes y, por ende, no se encuentra sometido a la competencia del juez del fondo que conoce de la gestión pendiente, atendido el principio de la especialidad de los recursos jurisdiccionales.

Así pues, el ámbito del recurso de apelación ha de ceñirse exclusivamente, en virtud del principio de congruencia, a los puntos controvertidos planteados por las partes, encontrándose dentro del efecto devolutivo sólo lo elevado mediante el recurso al órgano jurisdiccional superior, quedando firmes, por consiguiente, los pronunciamientos no recurridos de la sentencia impugnada.



Por lo anterior, asevera que queda en evidencia que los artículos impugnados que configuran la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, no tienen trascendencia alguna para resolver el recurso de apelación en cuestión, desde que las ilegalidades y arbitrariedades, que se buscan sean declaradas como tales, y en base a ellas acoger el recurso de apelación, y en definitiva el recurso de protección, no guardan relación alguna con dichas normas.

Afirma igualmente que la requirente pretende impugnar una serie de normas referidas a la potestad dictaminante del Contralor General de la República. No obstante, el legislador, habilitado por el Constituyente, ha reconocido en distintos preceptos y de manera expresa y amplia, tal potestad, sin limitarla a determinadas materias, e incluso consagrándola en normas distintas a las impugnadas en el requerimiento. En igual sentido, estima que restringir el control de legalidad que ejerce la Contraloría General respecto de los actos municipales, supone un alto riesgo funcional, considerando que según el artículo 53 de la Ley N° 18.695, las resoluciones de las municipalidades se encuentran exentas del trámite de toma de razón, de manera que los actos municipales tienen vigencia una vez dictados y notificados o publicados, según el caso.

Afirma que esta Magistratura ya ha decidido que el ejercicio de la potestad dictaminante en el asunto principal materia de autos es una cuestión de legalidad que debe ser resuelta por los jueces del fondo. Con ocasión de los recursos interpuestos contra el Dictamen N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, que estableció la manera en que las Municipalidades debían verificar que la petición de patente municipal de explotación de máquinas de juego, el 21 de septiembre de 2017, la Asociación Gremial de Operadores, Fabricantes e Importadores de Entretenimientos Electrónicos A.G.9 - FIDEN- dedujo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto de los artículos 5 inciso tercero, y 9 inciso final, de la Ley N° 10.336, en los autos sobre recurso de amparo económico, caratulados "Salazar Bastidas Sebastián con Contralor General de la República", que conoció la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 169-2017.

Expone que la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el 26 de octubre de 2017, declaró la inadmisibilidad de este requerimiento resolviendo: "6°. *Que el problema planteado no constituye una cuestión de constitucionalidad, sino más bien de mera legalidad, como quiera que del tenor de las disposiciones referidas no se desprende facultad alguna como la descrita por el actor; luego, lo criticado en la especie es la interpretación y aplicación que ha efectuado la entidad contralora de su potestad dictaminante, exteriorizada en un acto administrativo cuya invalidación, compete a los tribunales del fondo y no a este sentenciador*".

Similares consideraciones a las plasmadas en tal pronunciamiento de inadmisibilidad se encuentran en STC Roles N°s 782 y 450.

Afirma, por último, que la coordinación de servicios públicos no puede constituir una infracción a la libertad económica, construyéndose el libelo en base al



reproche de un acto administrativo y no de un precepto legal, que por lo demás no cuenta con explicación detallada y clara sobre el conflicto constitucional planteado.

A fojas 212 la requirente presenta escrito en abogo de sus pretensiones, refutando las consideraciones efectuadas por las requeridas y afirmando la existencia de las vulneraciones constitucionales denunciadas en el libelo de fojas 1.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 11 de marzo de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos por vía remota de la parte requirente, del abogado Vicente Ahrens Silva, y del abogado Alfredo Larreta Granger, por el Consejo de Defensa del Estado. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator 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 *“(...) mediante la aplicación de los preceptos legales impugnados la CGR impide a mi representada seguir ejerciendo el derecho de explotar económicamente sus establecimientos, a través de la imposición de una exigencia inexistente en la normativa como consecuencia de una extensión temporal de sus criterios interpretativos (...)”* (fs. 21 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^o.

Asimismo, el artículo 9^o 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^o del artículo 7^o; 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 requiriera 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 proscrib[e] 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 los Decretos Alcaldicios N° 1.239 y 1.240, ambos de 9 de julio de 2020, y el Dictamen N° 25.712, de 2019, constituyen actos ilegales y arbitrarios que vulneran los



derechos contenidos en el artículo 19 N° 2°, 21°, 22° y 24° de la Constitución, porque exceden, a su juicio, las facultades de interpretación para la aplicación de las leyes y “(...) entrando derechamente al campo legislativo, limitando el ejercicio de derechos y libertades públicas, al regular y establecer requisitos para el ejercicio de la libertad económica para una actividad específica (...)” (fs. 56);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, la decisión de la Contraloría General de la República, contenida en el Dictamen N° 25.712, de 2019, en relación con su Dictamen N° 92.308, de 2016, en orden a requerir un pronunciamiento de la Superintendencia de Casinos de Juego en la materia da cuenta de una determinación que busca resolver un asunto en torno del que se ha debatido constantemente en los últimos años, como surge de pronunciamientos tanto del Ente Contralor como de los Tribunales Superiores de Justicia, a raíz que *“[e]n este ámbito, no existen criterios unánimes para definir cuándo se está en presencia de un juego de azar y cuando se está en presencia de un juego de habilidad, ya sea física o intelectual. Ello en razón de que el legislador no define a ninguno de ellos y se trata, esencialmente, de una cuestión de hecho”* (Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: *“Los Tragamonedas ante la Regulación del Juego y las Apuestas. Diagnóstico de la Situación Regulatoria”*, 2014, p. 11);

VIGESIMOTERCERO: Que, ciertamente, no es competencia de esta Magistratura entrar en esa cuestión de fondo, acerca de si la actividad que despliegan las requirentes es susceptible de ser calificada como juego de destreza o de azar, sin perjuicio de situar este asunto a partir de lo preceptuado, por una parte, en el artículo 19 N° 21° inciso primero de la Constitución que asegura a todas las personas 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 regulen y, de otra en su artículo 63 N° 19) que establece como materia de reserva legal “[l]as que regulen el funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general”*;

VIGESIMOCUARTO: Que, ahora bien, en el plano de la regulación legislativa, como señala el Informe ya citado, *“(...) los juegos y apuestas que dependen de la suerte o el azar no sólo están prohibidos desde el punto de vista civil, sino que están activamente sancionados por la ley penal”* (p. 12), sin perjuicio que *“(...) el legislador puede levantar la prohibición general sobre los juegos y apuestas, sea directamente o indirectamente.*

En primer lugar, existe una autorización directa cuando la ley de modo expreso autoriza a realizar ciertos juegos.

En segundo lugar, existe una autorización indirecta cuando la ley entrega a un órgano administrativo la potestad de autorizar, a través de un acto administrativo, a realizar ciertos juegos de azar, siempre que se cumplan con las condiciones legales. En este último caso estaremos ante decisiones administrativas habilitantes” (p. 14).

VIGESIMOQUINTO: Que, por ende, resulta jurídicamente relevante dirimir la naturaleza del juego, sea de destreza o de azar, para resolver si, en este segundo



caso, se encuentra o no autorizada su realización por el legislador, conforme a lo preceptuado en los artículos 19 N° 21° inciso primero y 63 N° 19) de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 37 N° 7 de la Ley N° 19.995, al tenor del cual corresponde a la Superintendencia de Casinos de Juego “[c]onvenir con otros organismos de la Administración del Estado o con entidades privadas debidamente acreditadas ante la Superintendencia, la realización de acciones específicas o la prestación de servicios que permitan complementar el ejercicio de sus atribuciones”, así como confeccionar y administrar el *Catálogo de Juegos* que contiene el registro formal de los juegos de suerte o azar que pueden desarrollarse en los Casinos (artículo 3° letra b);

VIGESIMOSEXTO: 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, 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;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, en consecuencia, la impugnación, 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;

VIGESIMOCTAVO: 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 y, a consecuencia de ello, la Municipalidad de Los Vilos, lo cual debe ser examinado por los Tribunales Superiores de Justicia en la gestión pendiente;

VIGESIMONOVENO: 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;



TRIGESIMO: 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°).

Y, en el mismo sentido y en casos análogos al de autos, los Roles N° 8.998 y 9.004;



TRIGESIMOPRIMERO: 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 legislador, al exigir 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, 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 5º, 6º y 9º de la Ley N° 10.336, en relación con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 18.695.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, 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** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.
- II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVOMOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR

DISIDENCIA

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

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.

9º. 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 a la sentencia, sin compartir el fundamento desarrollado en el considerando séptimo.

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

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9345-20-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, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y 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.