

San Miguel, quince de marzo de dos mil trece.

Vistos:

PRIMERO: A fs. 14 y siguientes, con fecha 28 de enero del año dos mil trece, comparecen Héctor Mella Vergara y Rodrigo González Vera, en representación de Zhenqiang Chen, ciudadano chino, quienes recurren de protección en contra del Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Melipilla, don Mario Gebauer Bringas, del señor Secretario Municipal don Jorge Guaico Madrid y la Jefa del Departamento de Rentas Municipales doña Marcia Werchez Santibáñez y en contra de Carabineros de Chile, 24º Comisaria de Melipilla, fundado en que con fecha 16 de enero del año en curso, el local de su representado fue clausurado a través de Decreto N° 148 de la misma fecha, el que modifica el Decreto N° 3264, de fecha 7 de diciembre de 2012, que contendría un error respecto de la ubicación del establecimiento comercial, pues el domicilio de éste corresponde a calle Vargas N° 463, Melipilla. Que por ignorancia de su representado, desde el día 7 de diciembre éste mantuvo su local ilegalmente cerrado, por orden de Carabineros y personal municipal, hasta el 10 de febrero de 2013, cuando entregaron asesoría legal al recurrente, por lo que después de 36 días se procede a la apertura del local. En ese tiempo su representado se encontraba haciendo los trámites para obtener patente comercial, por lo que el día 14 de enero de 2013, solicitó patente para la explotación de juegos de habilidad y destreza, acompañando los antecedentes que prescribe la Ordenanza Municipal, según Decreto N° 2330 de 10 de septiembre de 2012 y conforme a lo dispuesto en Ordinario N° 011 de 27 de diciembre del mismo año, proceso en el cual se les indicó que la presentación no indicaba serie de fabricación máquinas, código de certificación adosado y que no se había acompañado declaración jurada.

Agrega que el día 14 de enero de 2013, se ingresan los antecedentes faltantes, según ingreso N° 04/2013, pese a lo cual su petición fue rotundamente rechazada, no obstante a que en la zona existen tres locales abiertos, que realizan la misma actividad. Que consultada la Jefa de Rentas Municipales, les indica que por expresa disposición del Alcalde y del Director Jurídico, no se entregarían las patentes, aunque exista ley que así lo dispusiera.

Indica que la actuación de la recurrida de negar patente comercial, constituye un acto ilegal y arbitrario, toda vez que su representado ha cumplido con todos los requisitos para obtenerla, vulnerando lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley 3063 y afectando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 21 de La Constitución Política de la República, en particular la libre iniciativa de los particulares en el desarrollo de actividades económicas lícitas, lo que fue vulnerado

por Inspectores Municipales y Carabineros, quienes procedieron a poner candados, anulando cualquier posibilidad de abrir el local.

Expresa que en la especie, atendido lo ya señalado, se debió de inmediato entregar la patente comercial o la patente provisoria, tal como lo indica la ley de rentas municipales, cosa que no se hizo por mero capricho de los recurridos, no entregándose razones o explicaciones respecto de la negativa en el otorgamiento de la patente.

Indica que por otra parte, el día 17 de enero de 2013, el señor Carlos Gutiérrez Aravena, Director Jurídico, evacua un informe dirigido a la señora Werchez, respecto de la solicitud de su representado, en el cual expresa que la presentación acompaña todos los antecedentes requeridos por la Ordenanza referida, por tanto, de acuerdo a un análisis de forma, la solicitud debe ser aprobada, de lo cual se desprende, según el recurrente, que se le debió haber otorgado la patente comercial solicitada, lo que a la fecha no ha ocurrido, negándose a retirar los candados del local, afectando además su derecho de propiedad.

Señala que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 1600 y siguientes del Código Civil, a través de Notario Público, el 18 de enero de 2013, la parte recurrente se apersonó en la Municipalidad procediendo a realizar una oferta de pago de la patente, lo que fue rechazado por la recurrida, por lo que el 27 de enero se consignó el pago de la patente en la Tesorería General de La República, según antecedentes que acompañan a su presentación. A mayor abundamiento, indica que los decretos de fecha 7 de diciembre de 2012 y 16 de enero del año en curso, no le fueron notificados como establece la Ley 19880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, la cual dispone en su párrafo N° 1, artículos 45 y siguientes, que los actos administrativos de efectos individuales deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro, a más tardar, en los cinco días siguientes a aquel en que ha quedado totalmente tramitado el acto administrativo, lo que en autos se realizó fuera de los plazos, pues a la fecha han pasado 56 días.

Finalmente indica que además se han vulnerado las garantías constitucionales establecidas en el artículos 6, 7, 19 N° 1, 2, 3 y 4°, más la de los numerales 21 y 24, lo que les ha causado un daño irreparable en lo económico, moral y emocional ya referidos, por lo que solicita se ordene al recurrido abstenerse del acto ilegal y arbitrario denunciado y ordenar la entrega de la patente definitiva, o en subsidio provisoria, y aplicar las medidas a fin de restablecer el imperio del derecho, levantando de forma inmediata la clausura del local, ordenando que Carabineros de Chile cese de cometer actos ilegales que están fuera del ámbito de sus atribuciones.

SEGUNDO: A fojas 59 y siguientes, informa José Guerra Silva, en representación del Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Melipilla, de doña Marcia Werchez Santibáñez y de don Jorge Guaico Madrid, solicitando el rechazo del presente recurso, con costas, fundado en que en autos el motivo de la clausura del establecimiento, se indica en el mismo decreto de fecha 16 de enero de 2013, en el cual se establece que habiendo transcurrido más de 60 días desde la publicación de la Ordenanza Municipal, que establece y regula el procedimiento y procedencia para el otorgamiento de patentes para la instalación, explotación y operación de máquinas de habilidad o de destreza corporal en la comuna de Melipilla, sin que el afectado haya dado cumplimiento a lo previsto en dicha ordenanza, además se constató por la Dirección de Inspección, el funcionamiento en dicho establecimiento de máquinas electrónicas tragamonedas, que entregan premios en dinero. Que el decreto agrega que se constató la existencia de 38 máquinas que entregan premios en dinero, cursándose la denuncia respectiva mediante boleta N° 020228, por no obtener patente municipal correspondiente, no haber iniciado trámites tendientes a aquello, conforme lo establece la Ordenanza Municipal e infringir lo dispuesto en los artículos 26 y 58 del Decreto Ley 3063 sobre rentas municipales.

Expresa que posteriormente, la recurrente ingresa expediente solicitando el otorgamiento de patente para la explotación de máquinas de habilidad o de destreza. Sobre el particular, la referida ordenanza, establece que el Municipio sólo podrá otorgar patentes para el funcionamiento de máquinas de juego que no sean susceptibles de ser calificadas como juegos de azar, cuya reglamentación no esté comprendida en la Ley de Casinos, puesto que teniendo esa naturaleza y no existiendo habilitación legal pertinente, su explotación constituye actividad ilícita, conforme lo establece el artículo 63 N° 19, de la Constitución Política de la República, donde se establece la prohibición de instalar juegos de azar, salvo los autorizados por ley, por lo que la Municipalidad carece de atribuciones para autorizar establecimientos destinados a estos fines en los cuales se practiquen juegos de azar, tales como máquinas tragamonedas u otros similares. Del mismo modo la Ordenanza señala que presentada a trámite una solicitud de patente municipal para el funcionamiento de máquinas de juego, los peritajes que puedan efectuarse a fin de determinar la naturaleza de ellas o los informes que se acompañen a cada solicitud, constituyen elementos de hecho, cuyo valor probatorio debe ser apreciado por el municipio y no resultan vinculantes para este. Finalmente en su artículo 7° establece que si el Municipio tiene dudas respecto de la naturaleza de las máquinas, efectuará esa determinación previa coordinación con los organismos que tienen

competencia en relación a este tipo de juegos, oficiando para tales efectos a la autoridad competente, en mérito de lo dispuesto en el artículo 77 del DFL N° 22 de 1959, del Ministerio de Hacienda.

Agrega que el Municipio tenía dudas sobre la naturaleza de las máquinas explotadas por el recurrente, por lo que de acuerdo a lo informado por el Inspector Municipal que se constituyó en terreno, el que consigna la existencia de máquinas tragamonedas y la ausencia de permiso según boleta N° 020229 de 15 de noviembre de 2012 y n° 020105 de 28 de noviembre del mismo año, mediante oficios de 21 de enero y 1° de febrero, ambos de 2013, se solicitó a la Superintendencia de Casinos de Juegos un pronunciamiento al respecto. Junto a lo anterior es importante señalar que la Contraloría General de la República, mediante dictamen N° 1776 de 9 de enero de 2013, señaló que los Municipios deben definir si las respectivas máquinas constituyen un juego de azar o uno de destreza, correspondiendo solo en este último caso otorgar la autorización requerida. En caso de dudas, debe efectuar coordinación con el resto de los organismos públicos con competencia en la materia.

Expresa que mediante oficio n° 0181 de 6 de febrero de 2013, la Superintendencia se pronunció en definitiva respecto de la naturaleza de las máquinas sujetas a solicitud de patente, concluyendo que las máquinas objeto del estudio corresponden a juegos de azar, según las definiciones dadas en el artículo 3°, del título I, de la Ley 19.995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego. Que a su vez se debe tener en consideración que las máquinas indicadas, correspondientes a juegos de azar, constituyen una actividad económica que sólo excepcionalmente es autorizada para ser desarrollada y explotada comercialmente en virtud de una ley.

Expresa que por tanto, sus representados no están obligados a otorgar una patente o permiso para aquellas actividades que requieren para su funcionamiento una ley especial, como lo es en el caso de los juegos de azar.

Agrega que en cuanto a la solicitud de patente del recurrente, ella fue rechazada por no haberse acompañado la totalidad de los documentos requeridos. En cuanto a la clausura del local, ella se ajustó a las facultades que tiene el Municipio, toda vez que el recurrente no contaba con permiso o patente para la explotación de juegos de destreza, la que se llevó a efecto en cumplimiento de lo dispuesto en Decreto Exento N° 3264 de 7 de diciembre de 2012, que ordenó la clausura del local ubicado en calle Vargas N° 403, Melipilla, por no tener patente municipal, por lo que no existe ilegalidad ni arbitrariedad en el actuar de su parte.

TERCERO: Que a fojas 93, se prescinde del informe solicitado a la 24^o Comisaría de Carabineros de Chile de Melipilla.

CUARTO: Que del tenor del recurso y del informe emanado del ente administrativo recurrido queda meridianamente claro que la cuestión central del presente recurso corresponde a la determinación de si las máquinas a instalar por parte del recurrente tienen la calidad de juegos de azar, ya que de no tenerlo, la municipalidad habría incurrido en un actuar a lo menos arbitrario, al no conceder la patente provisoria o definitiva que correspondiere, mientras que si pueden ser encasillados en ese concepto, el actuar del consistorio se halla plenamente amparado por la ley, de modo tal que no pueda formularse por ello ningún reproche en esta sede.

QUINTO: Que en este sentido, la parte recurrente acompaña sendos informes descartando la característica de juegos de azar de las máquinas que pretende operar, basado en que no existiría azar en el sentido de que esta palabra significa “caso fortuito” y que ello implica un suceso inopinado, casual (p. 11 del informe citado), contradiciendo con ello la afirmación de la recurrida en el sentido que el peritaje efectuado por la Superintendencia de Casinos de Juegos habría determinado que son máquinas de juegos de azar; agrega que la interpretación de la norma debe restringirse a los juegos que dependen esencialmente del acaso o la suerte y que, en general, tal órgano sería incompetente para efectuar el examen de las máquinas, pudiendo probarse de cualquier forma idónea al efecto.

SEXTO: Que el alcance del artículo 3^o de la Ley N^o 19995 es más amplio que aquel que le otorga el recurrente, ya que el criterio de definición no sólo involucra el acaso o la suerte, sino principalmente la insignificancia en el resultado de la habilidad o destreza del jugador, lo que está contemplado en ese mismo artículo y también en la definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española hace de juego de azar. En este sentido, ni el peritaje ni ninguno de los antecedentes aportados por el recurrente imponen una conclusión distinta, ya que si bien se establece que se puede fijar un porcentaje de ganancia para el dueño de la máquina, la situación del acaso o la suerte no se fundamenta a partir de la posición de éste sino la del jugador, que se enfrenta a una situación incierta de pérdida o ganancia con los parámetros establecidos, cualquiera sea el porcentaje utilizado por el dueño.

SÉPTIMO: Que en este sentido, la municipalidad recurrida obró conforme a derecho y dentro de sus facultades al rechazar aún la patente provisoria, ya que el sentido natural y obvio del artículo 26 del Decreto Ley N^o 3063 es el de obligar a entregarla en el caso de que se trate de una actividad lícita, estando los juegos de

azar en general prohibidos, concediéndose permisos sólo por excepción, por lo que el acto carece de ilegalidad o arbitrariedad y por ende, debe rechazarse el recurso.

Y visto lo dispuesto en los artículos 19 N° 21 y 20 de la Constitución Política de la República y 2° y 3° de la ley N° 19995, se resuelve:

Que **SE RECHAZA** el recurso de protección impetrado por Héctor Mella Vergara y Rodrigo González Vera, en representación de Zhenqiang Chen en contra del Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Melipilla, don Mario Gebauer Bringas, del señor Secretario Municipal don Jorge Guaico Madrid y la Jefa del Departamento de Rentas Municipales doña Marcia Werchez Santibáñez y en contra de Carabineros de Chile, 24° Comisaria de Melipilla, sin costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactó el abogado integrante Diego Munita Luco.

Rol 27-2013 PROT

Pronunciada por la Sexta Sala de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por los ministros Carlos Gajardo Galdames y María Soledad Espina Otero y el abogado integrante Diego Munita Luco.

San Miguel, quince de Marzo del año dos mil trece, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.