



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen	007368N14			
Estado	-	Nuevo	SI	Carácter NNN
NumDict	7368	Fecha emisión	30-01-2014	
Orígenes	MUN			

Referencias

-

Decretos y/o Resoluciones

-

Abogados

AGM

Destinatarios

Alcalde de la Municipalidad de Concepción

Texto

Sobre ilegalidad de artículos de ordenanzas municipales de Concepción y Melipilla, relativas al otorgamiento de permisos para el funcionamiento de máquinas de juego.

Acción

Aplica dictámenes 13554/2013, 57187/2009, 43461/2011, 46338/2008, 3366/2012, 36377/2004, 58881/2007, 16387/2005, 47324/2003, 55154/2010, 54966/2013, 3597/2010, 45262/2013

Fuentes Legales

ley 18695 art/1, ley 18695 art/3, ley 18695 art/4,
 ley 18695 art/5 lt/d, ley 18695 art/9, ley 18695 art/12, pol art/6,
 pol art/7, ley 18575 art/2, ley 19995 art/3 lt/a, ley 19995 art/3 lt/b,
 dto 146/97 Sepres, dfl 458/75 Vivie art/162, dfl 2/59 Hacie,
 ley 19749, ley 19925 art/primerero art/14, ley 19925 art/primerero art/15, ley 19925 art/primerero
 art/17, ley 19925 art/primerero art/19,
 dl 3063/79, pol art/19 num/21 inc/1, ley 18018

Descriptoros

mun, ordenanza municipal, máquinas de juego

Texto completo

N° 7.368 Fecha: 30-I-2014

Con ocasión de haber tomado conocimiento esta Contraloría General de la ordenanza N° 1, de 2013, de la Municipalidad de Concepción, denominada "Sobre la autorización de funcionamiento y explotación comercial de máquinas electrónicas o mecánicas de habilidad o destreza", y la ordenanza aprobada por

el decreto alcaldicio N° 2.330, de 2012, de la Municipalidad de Melipilla, que "Establece y regula procedimiento, requisitos y procedencia en la tramitación y otorgamiento de patentes y permisos para la instalación, explotación y operación de máquinas de destreza o habilidad en la comuna de Melipilla", se ha estimado necesario emitir un pronunciamiento respecto de la legalidad de sus disposiciones.

Como cuestión previa, cabe recordar que el artículo 1° de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, prescribe que las entidades edilicias tienen por finalidad satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas.

A su turno, los artículos 3° y 4°, del mencionado texto legal contemplan las funciones que compete desempeñar a los municipios, en el ámbito territorial de sus respectivas comunas.

Por su parte, la letra d) del artículo 5° de la ley en comento dispone, que para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán la atribución esencial de dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular, agregando su artículo 9°, que las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad.

En este contexto normativo, es del caso señalar que algunas de las herramientas con las que cuentan las entidades edilicias para el ejercicio de sus funciones, son las establecidas en el artículo 12 de la mencionada ley N° 18.695, el cual contempla, entre otras facultades, la de dictar ordenanzas, las que de acuerdo a lo prescrito en el inciso segundo de la referida disposición, son normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad que pueden emitir los municipios en el ámbito local, regulando a través de estas, materias que se encuentran en la esfera de sus atribuciones.

Enseguida, debe recordarse que aunque el citado precepto legal faculta a las municipalidades para elaborar ordenanzas, el ejercicio de tal potestad debe enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico vigente, lo cual implica que por su intermedio no pueden establecerse mayores requisitos o restricciones al desarrollo de las actividades económicas que aquellos que hubieren sido impuestos por la ley o por las normas dictadas por los órganos competentes, pues lo contrario significaría actuar en contravención a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que consagran el principio de juridicidad (aplica dictamen N° 13.554, de 2013).

Al respecto, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad Fiscalizadora, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 57.187, de 2009, y 43.461, de 2011, ha sostenido que las entidades edilicias no pueden, mediante la dictación

de ordenanzas relativas al desarrollo de actividades gravadas con patentes municipales, imponer mayores exigencias que las legalmente previstas al efecto.

En este orden de consideraciones, y con relación a las materias contempladas en los indicados textos locales, cabe manifestar que el artículo 3°, letra a), de la ley N° 19.995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego, define los juegos de azar, para efectos de esa ley, como "aquellos cuyos resultados no dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores, sino esencialmente del acaso o de la suerte, y que se encuentran señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos".

Luego, la letra b) del antedicho precepto legal, define al referido catálogo como "el registro formal de los juegos de suerte o azar que podrán desarrollarse en los casinos de juego, dentro de las categorías de ruleta, cartas, dados, bingo y máquinas de azar, u otras categorías que el reglamento establezca".

Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde analizar, a la luz del marco jurídico reseñado, los textos regulatorios locales enunciados, a los que se ha estimado necesario referirse.

I. Ordenanza de la Municipalidad de Concepción.

En primer término, el artículo 1° de esa ordenanza define en su numeral 2, máquina de destreza como "toda aquella que no es de azar, es decir, aquella cuyos resultados dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores y no del acaso o de la suerte y donde no existen premios en dinero".

Al respecto, cumple con indicar que no se advierte norma legal que prescriba como requisito para considerar una máquina de destreza o habilidad, que aquella no otorgue premios en dinero, por lo que esta Contraloría General debe concluir que la disposición en análisis no se ajusta a derecho, toda vez que ha impuesto exigencias adicionales a las legalmente establecidas para su calificación.

A continuación, corresponde observar lo dispuesto en el inciso tercero del precepto en estudio, en cuanto entiende que son máquinas de azar, "las definidas en el 'Catálogo de Juegos' de la Superintendencia de Casinos de Juegos, como toda máquina mecánica, electrónica, electromecánica, eléctrica o que funcione en cualquier otro modo de operación, que a cambio del valor apostado en una jugada, permite la eventual ganancia de un premio y que incluye o contempla algún componente de azar, en su programa y/o mecanismos de funcionamiento que incide en los resultados obtenidos por el jugador", toda vez que dicho concepto -que ya se encuentra determinado por el ordenamiento jurídico-, se aparta de la definición exacta establecida en el N° 2, "Reseña general del propósito del juego", del título VI, "Categoría de juegos de máquinas de azar", del mencionado catálogo de juegos, contenido en la resolución exenta

N° 157, de 2006, de la Superintendencia de Casinos de Juego.

En seguida, el artículo 5° de la indicada preceptiva local prescribe, en lo que importa, que el interesado en desarrollar la actividad de explotación de máquinas de habilidad y/o destreza, deberá presentar un informe técnico que señale o permita concluir que la máquina cumple con esas características, emitido por la Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile o el Instituto de Investigaciones Tecnológicas de la Universidad de Concepción.

Sobre este punto, es del caso manifestar que de conformidad con lo señalado por los dictámenes N°s. 46.338, de 2008, y 3.366, de 2012, las entidades edilicias deben, necesariamente, tener en cuenta el mentado catálogo de juegos al pronunciarse sobre la autorización de funcionamiento de máquinas de destreza que se le presenten, debiendo, en el caso de no estar incluida una determinada máquina en tal listado, formarse la convicción de que se trata de un elemento de habilidad o destreza, a través de los medios probatorios que sean pertinentes.

Por consiguiente, tratándose de los juegos contemplados en el referido listado y que, por ende, no pueden ser explotados por los contribuyentes, resulta infundado solicitar el mencionado informe técnico, y solo en el evento que las máquinas en cuestión no se encuentren comprendidas en él, se deberá requerir dicha información.

Asimismo, no resulta ajustado a derecho que el municipio circunscriba la emisión de los informes técnicos a las instituciones individualizadas en la norma en examen, toda vez que lo anterior implica incorporar un requisito que no ha sido establecido en el ordenamiento jurídico, imponiendo una limitación a los eventuales contribuyentes en orden a que solo pueden obtener la patente comercial para el desarrollo de la actividad en comento, si cuentan con el mencionado documento emanado de las aludidas entidades.

A continuación, los artículos 7°, 10 -numerales 2 y 3-, 11 y 17, de la ordenanza en examen, regulan, respectivamente, el espacio físico que cada máquina debe ocupar y, a consecuencia de ello, el número de aquellas que puede operar en el local; la exigencia de un informe de un prevencionista de riesgos que certifique que el establecimiento cumple con las condiciones de seguridad e higiene requeridas por la normativa vigente; la permanencia de una persona adulta a cargo; la jornada de funcionamiento; y la obligación de mantener un libro de inspección.

Sobre los mencionados aspectos, es del caso manifestar que los preceptos aludidos constituyen limitaciones adicionales a las que prescriben las leyes y los reglamentos para ejercer la actividad económica de que se trata, contraviniendo de este modo la mentada normativa constitucional y legal.

Enseguida, los artículos 7° y 10, N° 1, del texto en estudio preceptúan, respectivamente, que los locales en donde se desarrolle la actividad económica de explotación comercial de máquinas electrónicas o mecánicas de habilidad o destreza, "deberán estar dotados del acondicionamiento y dispositivos necesarios que eliminen o impidan que los ruidos de dichas máquinas se transmitan al exterior y hacia las propiedades vecinas", quedando prohibido que aquellas "se instalen al aire libre o fuera de los locales comerciales en que están autorizadas para funcionar", y que "No se permitirá el ejercicio de esta actividad cuando provoque ruidos que alteren el normal funcionamiento de la vecindad, salvo que el establecimiento cuente con elementos de mitigación de ruido, aprobados por el servicio de salud", lo cual, por una parte, importa establecer una limitación adicional a las que prescriben las leyes y los reglamentos para ejercer una actividad económica y, por otra, que dicha materia ya se encuentra regulada por el decreto N° 146, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas, entregando la fiscalización de su normativa a la autoridad sanitaria correspondiente, lo que implica invadir mediante la ordenanza en estudio, el ámbito propio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En este sentido resulta pertinente recordar que el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia rol N° 1.669, de 2010, considerando cuadragésimo séptimo, que la potestad normativa del municipio -expresada en la emisión de ordenanzas-, está subordinada, por una parte, a la Constitución y a la ley, lo que significa, se agrega, que está sujeta a dichas normas y no puede contradecirlas o invadir su ámbito propio de regulación. Por la otra -se puntualiza-, se encuentra limitada por las normas que dicte el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria.

Por otra parte, el artículo 8° del texto reglamentario comunal en examen expresa, en lo que importa, que queda prohibida la instalación de estas actividades en viviendas sociales -salvo que cuenten con las autorizaciones de cambio de uso de suelo-.

Al respecto, cabe precisar que el artículo 162 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones -aprobada por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo-, regula de manera específica la situación de dichas viviendas, prescribiendo, en su inciso quinto, que en ellas podrá establecerse un pequeño comercio, sin perder las franquicias fijadas en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1959, del Ministerio de Hacienda, sobre Plan Habitacional, siempre que su principal destino subsista como habitacional, agregando que no podrán acogerse a esta disposición los comercios que tengan por objeto, entre otros, el de juegos electrónicos o de azar.

En relación con lo anterior, es menester indicar que el dictamen N° 43.461, de 2011, ha manifestado que el mencionado artículo 162 condiciona la explotación de juegos electrónicos en viviendas económicas, a que previamente se autorice el cambio de destino del inmueble respectivo -con la consiguiente pérdida de

franquicias a que alude-, para lo cual deben cumplirse los demás requisitos legales, y siempre que los solicitantes no ejerzan actividades al amparo del estatuto jurídico sobre microempresa familiar previsto en la ley N° 19.749, situación en la que ese cambio de destino no es exigible, de conformidad con el criterio contenido en el dictamen N° 36.377, de 2004.

Por lo tanto, en atención a lo expresado, corresponde señalar que la prohibición en comento debe necesariamente entenderse en concordancia con la norma citada, de manera que, verificándose los presupuestos anotados y demás exigencias legales, la autoridad edilicia deberá acceder al otorgamiento de la respectiva patente municipal, en tanto se satisfagan los restantes requisitos legales.

Enseguida, el numeral 4 del artículo 10, del texto en análisis, prescribe que se prohíbe expender y beber todo tipo de bebidas alcohólicas al interior de los locales en que funcionen máquinas de habilidad o destreza.

Al efecto, como ha señalado la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, contenida en el dictamen N° 58.881, de 2007, el ordenamiento jurídico aplicable no exige que los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas deban estar completamente independientes de todo otro negocio de giro diverso y en distinto local, de tal manera que no procede condicionar el otorgamiento de una patente al cumplimiento de tales requisitos.

Lo anterior se ve ratificado en la circunstancia de que el actual ordenamiento ha indicado expresamente aquellos casos en que se impide o limita el ejercicio conjunto del expendio de bebidas alcohólicas con otras actividades o en relación con determinados lugares, como son los contemplados en los artículos 14, 15, 17 y 19 de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, aprobada por el artículo primero de la ley N° 19.925.

Como es posible advertir, por regla general, el funcionamiento de un local de expendio de bebidas alcohólicas con otro de giro diverso resulta legalmente procedente, sin perjuicio, en todo caso, de darse cumplimiento al resto de la preceptiva comprendida en la citada ley N° 19.925, en la ley N° 18.695 y en el decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales (aplica criterio contenido en el dictamen N° 16.387, de 2005).

En este contexto, la ordenanza en comento no se ajustó a derecho, puesto que no resulta procedente que a través de ella se establezca una prohibición que no se encuentra contemplada en la ley.

Enseguida, es dable reparar lo preceptuado en el artículo 13 de la ordenanza en estudio, en cuanto dispone, en lo pertinente, que se prohíbe en los establecimientos regidos por ese cuerpo normativo, la mantención, exhibición o utilización de juegos electrónicos, videos, películas u otros similares que atenten contra las "buenas costumbres".

Lo anterior, en atención a que de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental, la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, por lo que no contando los municipios con atribuciones para imponer, a través de ordenanzas locales, mayores exigencias que las que constitucional, legal y reglamentariamente se admiten para autorizar el desarrollo de actividades gravadas con patente municipal -como sucedería con la limitación a las buenas costumbres-; no ha procedido su incorporación al texto en estudio (aplica criterio contenido en dictámenes N°s. 47.324, de 2003, y 55.154, de 2010).

Finalmente, los artículos 15 y 18 de la ordenanza señalan, respectivamente y en lo que importa, que la falta de veracidad en la declaración del número de máquinas que explote el local comercial será sancionada con la clausura definitiva del establecimiento, y que en caso de tres infracciones dentro de 24 meses, el alcalde podrá ordenar la revocación de la autorización de funcionamiento de los locales infractores y caducar la patente.

Sobre esta materia, es del caso indicar que ello no se ajusta a derecho, toda vez que no se advierte el sustento legal que habilite a la autoridad municipal establecer y aplicar penas como las de la especie, puesto que el citado artículo 12 de la ley N° 18.695, al referirse a las ordenanzas municipales, solo permite la posibilidad de incorporar en estas la sanción de multa y con el límite que dicha norma señala, sin que las previstas en el instrumento en análisis correspondan a alguna de las hipótesis contempladas en el decreto ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales.

Luego, resulta improcedente que las municipalidades, por intermedio de una ordenanza local, establezcan clausuras, revocaciones o caducidad de patentes ante ciertas conductas, no previstas legalmente, pues carecen de facultades para ello (aplica criterio contenido en el dictamen N° 54.966, de 2013).

II. Ordenanza de la Municipalidad de Melipilla.

Por otra parte, tratándose de la ordenanza aprobada por decreto alcaldicio N° 2.330, de 2012, de la Municipalidad de Melipilla, es dable reparar, en primer término, el artículo 1°, inciso segundo, en cuanto prescribe que para efectos de ella "se considera máquinas de azar a toda máquina mecánica electrónica, electromecánica, eléctrica o que funcione con cualquier otro modo de operación, que a cambio del valor apostado en una jugada, permite la eventual ganancia de un premio y que incluye o contempla algún componente de azar en su programa o mecanismos de funcionamiento que incide en los resultados obtenidos en el jugador", lo cual no se condice con la definición que la letra a) del artículo 3° de la referida ley N° 19.995 da a los juegos de azar.

Enseguida, es del caso indicar, que sus artículos 3°, letra a), 10, 11 y 15, disponen, respectivamente, que las máquinas de juego electrónicas no podrán ser instaladas en pasillos de locales comerciales, como también al aire libre; que su horario de funcionamiento -de acuerdo con la ordenanza local que fija normas para salas o locales de entretenimiento, aprobada por el decreto N° 199, de 1988, y modificada por el decreto N° 289, de 1991-, sería de 08:00 y hasta las 19:00 horas; que queda prohibido el ingreso a dichos locales a menores de 18 años y que es obligación del contribuyente contar con un libro de inspección.

Al respecto, y tal como se indicó precedentemente, las referidas disposiciones constituyen limitaciones adicionales a las que fija la ley para ejercer la actividad económica de explotación de máquinas de juego o habilidad, contraviniendo de esta manera la normativa constitucional y legal aludida.

En este contexto, cumple con hacer presente, además, que no corresponde la remisión que el artículo 10 de la ordenanza en análisis efectúa al decreto ley N° 934, de 1975, puesto que dicho texto se encuentra derogado por la ley N° 18.018, que modifica el decreto ley N° 2200, de 1978, y otras disposiciones en materia laboral.

A su vez, la letra e) del artículo 6°, de la indicada preceptiva local prescribe, en lo que importa, que el interesado que requiera permiso para el funcionamiento de una o más máquinas deberá presentar a la unidad de rentas y patentes municipales copia autorizada u original de informes técnicos referidos a ellas que avale dicho carácter, emitido por una institución técnica pública o privada donde se concluya que el tipo de máquina respecto de la cual se solicita la autorización es una máquina de destreza o habilidad y no de azar.

Sobre este punto, es del caso manifestar, al igual como se señaló anteriormente, que las entidades edilicias deben, necesariamente, tener en cuenta el catálogo de juegos contenido en la resolución exenta N° 157, de 2006, de la Superintendencia de Casinos de Juego, al pronunciarse sobre la autorización de funcionamiento de máquinas de destreza que se les presenten, debiendo, en el caso de no estar incluida una determinada máquina en tal listado, formarse la convicción de que se trata de un elemento de habilidad o destreza, a través de los medios probatorios que sean pertinentes, por ende, solo en el evento que las máquinas en cuestión no se encuentren comprendidas en la mencionada enumeración, el peticionario deberá solicitar dicho informe técnico.

A continuación, tampoco se ajusta a derecho lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 9° del cuerpo normativo en estudio, en orden a que si existe discrepancia entre el municipio y el particular interesado respecto de la apreciación de los documentos de prueba o la determinación de la naturaleza de las máquinas, el asunto se convierte en litigioso, debiendo ser resuelto por los tribunales de justicia, toda vez que ello implica limitar la potestad del municipio

de poder resolver, en base a los antecedentes tenidos a la vista, negando la patente en cuestión si ha llegado a la convicción de que la máquina es de azar.

Enseguida, es menester observar el artículo 13 del texto reglamentario comunal en comento, en cuanto expresa que la falta de veracidad en la declaración del número de máquinas que explote un local será sancionada con la clausura de la actividad, puesto que, tal como se indicó respecto de la ordenanza de la Municipalidad de Concepción, resulta improcedente que las entidades edilicias, por intermedio de una ordenanza local, incorporen castigos a ciertas conductas, no previstos legalmente, pues carecen de facultades para ello.

A su vez, el artículo 16 del cuerpo normativo local, prescribe que no podrán otorgarse patentes a locales que funcionen a menos de 100 metros lineales de colegios o establecimientos educacionales.

Sobre la materia, conviene recordar que esta Contraloría General, a través de los dictámenes N°s. 3.597, de 2010, y 45.262, de 2013, ya se ha manifestado acerca de situaciones como la que se analiza, señalando que no se advierte en la normativa que regula las patentes municipales -decreto ley N° 3.063, de 1979-, en la citada ley N° 18.695, ni en otro cuerpo legal, algún precepto que limite específicamente la ubicación geográfica de aquellos negocios que tengan dentro de su giro la explotación de las aludidas máquinas, ni que permita a las entidades edilicias imponer restricciones de ese tipo a los mismos.

De esta manera, entonces, debe concluirse que la Municipalidad de Melipilla no se ha encontrado facultada para incorporar en el mencionado texto reglamentario comunal, la limitación relativa a la distancia mínima en comento.

Finalmente, cumple con hacer presente que en conformidad con lo preceptuado en el citado artículo 12 de la ley N° 18.695, las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones, las que, de acuerdo a la definición que de cada una de ellas realiza a continuación la mencionada norma, tienen naturalezas distintas, por lo que no ha correspondido que dicha entidad edilicia haya procedido a aprobar mediante decreto alcaldicio -acto administrativo reservado para cierto tipo de actuaciones-, una resolución municipal que tiene el carácter de ordenanza.

En consecuencia, en atención a las consideraciones expuestas, las municipalidades de Concepción y Melipilla deberán adoptar las medidas pertinentes a fin de adecuar las ordenanzas municipales referidas en la especie, a los términos contenidos en el presente pronunciamiento, debiendo informar al respecto a esta Entidad de Fiscalización, en el plazo de 60 días, contado desde la recepción de este oficio.

Transcríbese a la Municipalidad de Melipilla, a la Asociación de Municipalidades de Chile, a la Asociación Chilena de Municipalidades, a todas las Contralorías

Regionales y a la Unidad Técnica de Control Externo de la División de Municipalidades de esta Entidad Fiscalizadora.

Saluda atentamente a Ud.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República