EXP. N.° 04728-2006-PA/TC
HUÁNUCO
CONCESIONES Y
ENTRETENIMIENTOS MAGDALENA
S.A.C.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Concesiones y Entretenimiento Magdalena S.A.C. contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 343, su fecha 17 de marzo de 2006, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de noviembre de 2005 la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) a fin de que se declaren inaplicables a su caso: *A)* los artículos 5°; 6°; 14° literales i), j), k), l) del artículo 25° de la Ley N° 27153, según la modificación introducida por los artículos 1°, 2°, 6°, literales i), j),k),l) del artículo 12° y la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796; *B)* los artículos 3°, 7°, 8° y 58° literal c) y 59°, así como de la Primera y Sexta Disposición Transitoria del Reglamento para la Explotación de los Juegos de Casino y Tragamonedas y Máquinas Tragamonedas aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-2002-MINCETUR; y, en consecuencia, se ordene a la Dirección Nacional de Turismo del MINCETUR que admita la solicitud de autorización expresa para el funcionamiento de su empresa, que fue rechazada mediante Resolución Directoral N.° 542-2005-MINCETUR/VMT, debiendo abstenerse de solicitar y exigir documentación, información o cualquier otra certificación sobre la base de las normas antes mencionadas.

Alega que en virtud de las normas cuya inaplicación se solicita se están vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad ante ley, a la reserva tributaria e intimidad personal, a la fiscalización de documentos privados conforme a ley, a la propiedad, al debido proceso, a la libertad de empresa y seguridad jurídica de las inversiones, aduciendo que se le exigen requisitos mayores a los establecidos en la ley para poder acceder a la renovación de su autorización de funcionamiento. Señala, además, que se le exige que cumpla tales requisitos antes del vencimiento del plazo de adecuación legal del 31 de diciembre del 2005 fijado por la Primera Disposición Transitoria de la Ley 27796.

La Procuradora Pública *ad hoc* para los procesos judiciales relacionados con los Casinos y Máquinas Tragamonedas del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contesta la demanda deduciendo las excepciones de incompetencia por razón de territorio y por razón de la materia y la de falta de agotamiento de la vía administrativa. Solicita, asimismo, que la demanda sea declarada improcedente alegando que el acto concreto de afectación alegado por la recurrente, esto es, la Resolución Directorial N.° 542-2005-MINCETUR/VMT, que deniega la autorización expresa para seguir funcionando en el giro de máquinas tragamonedas, proviene de un procedimiento administrativo cuyo cuestionamiento debe realizarse a través de la acción contencioso administrativa y no por la vía del amparo, conforme a lo dispuesto por el artículo 5°, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

Respecto del cuestionamiento de fondo, señala que la exigencia de una distancia mínima entre las Salas de Tragamonedas y las iglesias, instituciones educativas, cuarteles y hospitales conforme el artículo 5°, numeral 5.2 de la Ley N° 27153, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27796, ya ha sido validada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 009-2001-AI/TC. Por su parte, respecto del cuestionamiento al artículo 2 de la Ley N° 27796, que modificó el artículo 6° de la Ley N° 27153, señala que, dado que dicha norma no modificó sustancialmente los requisitos señalados en la Ley N° 27153 -cuya constitucionalidad fue confirmada en el extremo ahora cuestionado-, resulta válido concluir que existe una convalidación de la constitucionalidad de la norma cuestionada en el presente proceso constitucional.

Sobre el artículo 15° de la Ley N° 27796, el demandado sostiene que, debido a la naturaleza y características del negocio de tragamonedas, resulta imperativo conocer la procedencia de las inversiones que se realizan. Mientras que, respecto del artículo 25 de la Ley N° 27153, modificado por el artículo N° 27796, argumenta que la constitucionalidad de dicha norma ha sido convalidada varias veces por el Tribunal Constitucional, en sentencias como las recaídas sobre los expedientes N.° 0855-2004-AA/TC y N.° 007-2003-AA/TC.

Con relación a la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796, sostiene que la misma no resulta de aplicación a la demandante, toda vez que, si bien la empresa demandante se constituyó en junio de 1995, recién modificó su objeto social para dedicarse al giro de los juegos de casinos y tragamonedas mediante Escritura Pública de Modificación de Estatutos de fecha 28 de abril de 2005, es decir, con fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 27796, por lo que el plazo de adecuación no le resulta aplicable. Respecto a la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796, alega que fue expedida en cumplimiento de lo señalado en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 009-2001-AI/TC, por lo que su constitucionalidad ha quedado convalidada.

Con fecha 9 de enero de 2006 el Juzgado Mixto de la Provincia de Dos de Mayo declara infundadas las excepciones y fundada la demanda, por considerar que: a)

respecto a la inaplicación del artículo 1° de la Ley N° 27796 y del artículo 3° y la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, que existe un trato discriminatorio, pues existen otros rubros de la misma actividad económica que no se encuentran sujetos a estos mayores controles; b) respecto a los requisitos exigidos por las normas cuestionadas, afirma que las medidas de seguridad contempladas en el artículo 3° de la Ley N° 27796 y la Sexta Disposición Transitoria del Decreto Supremo 009-2002-MINCETUR pueden ser corroboradas por la Municipalidad o por cualquier profesional competente, por lo que no resultarían de aplicación al caso concreto; c) los artículo 58°, literal c) y 59° del Decreto Supremo 009-2002-MINCETUR vulneran el artículo 2° inciso 7) de la Constitución Política, ya que contienen medidas desproporcionadas e irrazonables como la incautación, sin que medie mandato judicial, de vídeos o medios magnéticos utilizados en original en las salas de juego; d) la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR vulnera la libertad de empresa, ya que afecta la continuación de las actividades económicas al impedir la renovación de las licencias y autorizaciones administrativas correspondientes.

La recurrida revocando en parte la apelada declara improcedente la demanda por considerar que el Tribunal Constitucional ya ha confirmado la constitucionalidad de los artículos 5°, 6°, 12°, 14° de la Ley cuestionada. Así, respecto al artículo 1° de la Ley N.° 27796, indica que dicho dispositivo no vulnera la libertad de empresa de la demandante, ya que el artículo 59° de la Constitución dispone que el ejercicio de la libertad de empresa no puede ser contrario a la salud, moral o seguridad pública; y, en cuanto a lo establecido en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796, considera que, en la medida que el demandante no ha cumplido con presentar la documentación correspondiente en el plazo señalado por dicha norma, no se ha acreditado la existencia de alguna vulneración o amenaza de su derecho fundamental al debido proceso.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que el MINCETUR inaplique al caso concreto: **a)** los artículos 5°; 6°; 14° literales i), j), k), l) del artículo 25° de la Ley N° 27153, según la modificación introducida por los Artículos 1°, 2°, 6°, literales i), j),k),l) del artículo 12 y la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796; **b)** los artículos 3°, 7°, 8° y 58° literal c) y 59°, así como de la Primera y Sexta Disposición Transitoria del Reglamento para la Explotación de los Juegos de Casino y Tragamonedas y Máquinas Tragamonedas aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-2002-MINCETUR; c) la Resolución Directoral N.° 542-2005-MINCETUR/VMT, que declaró por no presentada su solicitud de autorización expresa para la explotación de maquinas tragamonedas.

2. Sobre el particular debe precisarse que en el escrito de demanda se ha hecho referencia a una supuesta afectación concreta de derechos derivada de la exigencia de que sólo en hoteles calificados como de tres, cuatro o cinco estrellas, así como en

restaurantes de cinco tenedores se podrán desarrollar actividades de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, exigencia que a juicio de la empresa recurrente vulneraría sus derechos constitucionales.

3. Al respecto se advierte que la norma que establece dicho supuesto y, en consecuencia, a la que hace alusión la recurrente, es el artículo 6° de la Ley N.° 27153, cuya constitucionalidad ha sido expresamente ratificada por este Tribunal en el fundamento 2 de la STC 009-2001-AI/TC. Por tanto, de acuerdo al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, esta norma no puede ser objeto de inaplicación por los jueces tal como pretende el demandante, de modo que debe desestimarse este extremo de la demanda.

4. De otro lado la recurrente sostiene que la Primera Disposición Transitoria del D.S. 009-2002-MINCETUR vulnera sus derechos constitucionales, pues si bien el plazo de adecuación a la Ley 27153 debía vencer el 31 de diciembre de 2005, la norma cuestionada condicionó el acceso a dicho plazo al hecho de que hasta el 13 de marzo de 2003 los solicitantes cumplan con ciertos requisitos, modificándose así el plazo establecido por ley.

5. Con relación a ello este Tribunal considera que la Primera Disposición Transitoria del D.S. 009-2002-MINCETUR no resulta lesiva de los derechos constitucionales, sino que establece una limitación legítima a su ejercicio. En efecto, resulta válido que dicha norma haya establecido el cumplimiento de ciertas condiciones y plazos para poder acceder al plazo de adecuación establecido por la Primera Disposición Transitoria de la Ley N.° 27796, pues sería inconstitucional e irrazonable interpretar que el legislador ha concedido una prórroga para operar en la informalidad.

6. Más aún, este Colegiado en uniforme jurisprudencia ha señalado que las acciones de control y fiscalización a cargo de la demandada se mantenían vigentes incluso durante el transcurso del nuevo plazo de adecuación (STC 964-2003-AA, 007-2003-AA/TC), de acuerdo a los términos de la propia disposición comentada, por lo que, el actuar del MINCETUR en el presente caso, mediante la emisión de la Resolución Directoral N.° 542 -2005-MINCETUR/VMT, que declaró por no presentada su solicitud de autorización expresa para la explotación de máquinas tragamonedas, no se ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del recurrente, toda vez que, conforme se observa de los considerandos de la misma (fojas 97), la empresa recurrente incumplió con demostrar y/o garantizar condiciones de seguridad y capacidad mínima en la sala, entre otros requisitos.

   No puede entonces alegarse vulneración de derechos constitucionales tales como la libertad de empresa, puesto que, conforme se aprecia del artículo 59° de la Constitución, el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

7. De otro lado con relación a las demás disposiciones impugnadas, este Tribunal considera que se tratan de un cuestionamiento en abstracto, pues no se acredita de manera concreta en qué medida tales disposiciones vulneran derechos constitucionales. Por ello, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GOLNZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)