

Santiago, 10 de Marzo de 1966.-

Señor
Gastón Saint Jean
Presente

Estimado amigo:

a fin de que puedas atender la petición que te ha hecho la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, paso a poner por escrito la opinión que me merece, desde un punto de vista puramente jurídico, la conducta observada por el H. Diputado sr. Armando Mallet, en su calidad de consejero del Servicio de Seguro Social, en relación con los intereses de la firma ENCONAPO.

Como sabes, pienso que la intervención del referido parlamentario en la gestión de los contratos de compraventa de un terreno en Playa Ancha y de construcción de cierto número de casas en San Miguel, celebrados entre el Servicio de Seguro Social y ENCONAPO, constituye "gestión administrativa" y queda comprendida en la causal de inhabilidad prevista por el art. 31 de la Constitución Política.

Esta norma dispone que cesará en el cargo el Diputado o Senador que durante su ejercicio actuare "como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo".

Es indudable que la mera concurrencia de un parlamentario a cualquiera de las oficinas o reparticiones administrativas, en demanda de la solución de problemas pendientes, aunque estos no sean de carácter estrictamente públicos, sino que también afectan intereses particulares, como por ejemplo el nombramiento de un funcionario, la reparación de un puente o camino, la instalación de una industria, la corrección de un abuso o injusticia cometida por la autoridad, no importa la "gestión administrativa" que la Constitución propuso sancionar. Los parlamentarios, por el hecho de serlo, no pierden el "derecho de petición" que nuestra Carta Fundamental "asegura a todos los habitantes de la República", y, en la realidad nacional, suelen verse forzados a servir de intérpretes a las solicitudes o aspiraciones de personas que, a pesar de la igualdad jurídica que nuestra Constitución proclama, no pueden o no logran

hacerse oír personalmente. Es la deplorable pero humana institución de la "cuña" o el "empeño".

La Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, ha estimado, en cambio, con evidente razón, que en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución Política, no es lícito a un parlamentario aceptar mandatos para la suscripción de un contrato con una institución semifiscal, porque ello lo obligaría a "entrar previamente en contacto con los organismos de la Caja, averiguar si los expedientes respectivos están, en realidad, con su tramitación terminada y cuando habrá que suscribir la escritura respectiva, y que todo esto se traduce en gestiones particulares de carácter administrativo que calzan precisamente "con dicha disposición constitucional" (Informe de 25 Noviembre de 1953, recaída en consulta de los H. Diputados srs. Smitman y Salazar).

¿Cuál es el criterio para distinguir entre uno y otro caso? ¿Cuál es la línea sutil más allá de la cuál un parlamentario no puede pasar sin caer en la sanción constitucional? ¿En qué se diferencia el inocente "empeño" de la "gestión administrativa"?

Leyendo los ejemplos que pone Don Guillermo Guerra en su obra "La Constitución de 1925" (pags. 207 y 208), podría creerse que lo esencial, en la "gestión administrativa", es ir "en perjuicio del Estado" o "en perjuicio del público". Debería, en consecuencia, atenderse a la conveniencia o inconveniencia de la gestión para el interés del Estado o del público o población del país; sería lícita en cuanto fuere provechosa para estos intereses, y prohibida cuando resultare contraria a ellos.

Pero basta leer el texto de la norma constitucional, para advertir que no es ese su criterio. Ella no se refiere a las gestiones "contrarias al interés público" o "en perjuicio del Estado"; habla en general de "gestiones particulares de carácter administrativo", y donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo. La Constitución se desentiende del "resultado" de la gestión, cuya calificación favorable o peyorativa, por lo demás, es con frecuencia imposible antes de largo tiempo, o depende de factores eminentemente subjetivos. El precepto, en cambio, se refiere objetivamente, al hecho mismo de "actuar como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo".

Según esto, tres elementos constituyen el hecho inculminado:

- a) que la actuación sea "como procurador o agente";
- b) que se trate de "gestiones particulares"; y

c) que estas gestiones tengan "carácter administrativo"

Es "gestión particular" toda la que se practica en amparo de intereses privados y no públicos. Es lo que ocurre especialmente cuando se persigue para determinada persona, natural o jurídica, un beneficio del orden patrimonial, como la obtención de un préstamo, el otorgamiento de una concesión o la celebración de un contrato.

Tiene "carácter administrativo" toda gestión que se hace ante cualquiera autoridad u organismo de un servicio público administrativo, sea éste dependiente del Presidente de la República o dotado de autonomía. De lo que se trata es de evitar la interferencia de los intereses particulares en la gestión de los intereses públicos que esta confiada a las distintas ramas de la administración del Estado. Consta de las actas de la Comisión Redactora de la Constitución Política (pag. 343) que la norma procuró dar "satisfacción a la opinión pública que viene pidiendo, desde hace tiempo, la incompatibilidad entre las gestiones de interés particular y las de interés público".

Pero no toda intervención en una gestión de esta especie coloca a un parlamentario en el caso previsto por el art. 31, sino sólo la que efectúe "como procurador o agente". El simple hecho de acompañar al interesado con el fin de presentarlo a la autoridad a cargo del asunto o aún de recomendarlo a ella, no importa causal de inhabilidad. Incorre, en cambio, en la sanción constitucional, el parlamentario que asume la defensa o patrocinio de ese mismo asunto en la calidad de apoderado o gestor oficioso de los negocios del interesado. La existencia de un mandato -expreso o tácito- en virtud del cual el diputado o senador se haya encargado de ese asunto determinadamente, o, en general, de uno o más negocios del afectado reviste a su intervención de los caracteres ilícitos previstos en el art. 31 de la Constitución Política. No importa que él mismo tenga o no interés pecuniario, que reciba o no remuneración o alguna especie de participación en el negocio de que se trata: basta que investido de esa calidad de mandatario, haga diligencias conducentes al logro de ese negocio.

El que se ha expuesto es el sentido que se desprende del texto constitucional, y es, precisamente, el que ha aceptado la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, en su ya referido informe de 25 de Noviembre de 1943.

En el caso de D. Armando Mallet, es evidente que en su calidad de Director y abogado de ENCONAPO, es mandatario de esa sociedad. Los arts. 424, 457, y 458 del Código de Comercio expresamente califican de "mandatario" a los Directores de sociedades anónimas, y el abogado es, por definición, una especie de mandatario

cuyas actuaciones se rigen, en general, por las reglas del mandato (art. 2118 del Código Civil).

El simple desempeño de estos mandatos por el H. sr. Mallet, es perfectamente lícito; nada impide a un parlamentario ser Director ni abogado de una sociedad anónima. Puede participar en la administración de sus negocios, puede asesorarla legalmente, redactar sus contratos y aún defenderla en juicio ante los Tribunales de la República. Pero lo que no puede hacer, según el art. 31 de la Constitución Política, es patrocinar las gestiones o negocios de su mandante ante las autoridades u organismos administrativos.

Ahora bien: al recomendar a la Comisión y al Consejo del Servicio de Seguro Social la adquisición de los terrenos de Playa Ancha que ENCONAPO vendía, y al participar en los acuerdos del Comité Ejecutivo de Construcciones del Servicio de Seguro Social de 4 de Agosto y 6 de Octubre de 1955, para encomendar a ENCONAPO la construcción de casas en San Miguel, el H. sr. Mallet ha incurrido precisamente en lo que le estaba prohibido.

Se trata de "gestiones particulares", puesto que ENCONAPO es una empresa privada que persigue fin de lucro. La circunstancia de que la Corporación de Fomento de la Producción, institución semifiscal de administración autónoma, haya concurrido a la formación de esta sociedad, no le quita su carácter de entidad particular, como lo son las múltiples sociedades y empresas industriales y aún comerciales en que dicha Corporación interviene. Según sus "estatutos, el capital de ENCONAPO está dividido en dos tipos de acciones: las de Serie A, particulares, y las de serie B, de la CORFO; la sociedad, como toda empresa de su tipo, persigue fin de lucro y reparte sus utilidades entre sus accionistas. En el primer Directorio, el sr. Mallet, junto con los srs. Luis Sagües y Manuel Trucco, figuraron en representación de los accionistas particulares.

Dichas gestiones tienen "carácter administrativo", ya que el Servicio de Seguro Social es uno de los organismos de la administración chilena, que atiende la necesidad pública de previsión social de un sector importante de la población nacional.

Y esas gestiones han sido hechas por el H. Diputado sr. Mallet, que es apoderado de la firma interesada en su doble carácter de Director y de abogado suyo, sin perjuicio del interés personal que pueda tener en cuanto accionista y por la participación que como Director le corresponde.

La improcedencia de las gestiones hechas por el H. sr. Mallet aparece más de manifiesto, con una claridad meridiana, si se prescinde de su carácter de Consejero del Servicio de Seguro Social.

Es indudable que, si no hubiera tenido esta calidad, no habría podido concurrir lícitamente ante las autoridades y funcionarios del Servicio de Seguro Social a empeñarse en favor de los contratos con ENCONAPO y a apurar su tramitación.

La circunstancia de que, además de accionista, Director y abogado de ENCONAPO, el H. sr. Mallet haya sido, al mismo tiempo, Consejero del Servicio de Seguro Social ¿legítima su conducta? Pienso que, por el contrario, la agrava, puesto que el más elemental sentimiento de delicadeza -que obliga a los hombres públicos a preocuparse, como la mujer de César, no solo de ser honrados, sino también de parecerlo- le imponía el deber de abstenerse en absoluto de toda intervención en el Servicio de Seguro Social con respecto a los asuntos de ENCONAPO.

Al plantearse la posibilidad de negocios entre el Servicio de Seguro Social y ENCONAPO, para el H. diputado sr. Mallet se ha presentado el caso de verse abocado a actuar simultáneamente como órgano de intereses contrapuestos, carácter que tienen los de las partes en todo contrato. Y sabido es que, en principio, la regla legal y moral para esos casos exige abstenerse (Ej.: arts. 2144 y 2145 del Código Civil, 100 del D.F.L. 251 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsa de Comercio.)

En el caso que motiva esta consulta el sr. Mallet ha concurrido, en el Directorio de ENCONAPO, a formar la voluntad de esta persona para concurrir a los contratos con el Servicio de Seguro Social. Siendo así le estaba vedada por este solo hecho, además de la prohibición que ya tenía conforme al art. 31 de la Constitución Política, toda intervención en el seno del Consejo o Comisiones del Servicio de Seguro Social, para determinar o influir la voluntad de este servicio respecto a esos posibles contratos.

Es por las razones que te dejo expuestas que pienso que el H. D. sr. Mallet ha incurrido en la causal de inhabilidad prevista en parte final del art. 31 de la Constitución Política. Si no existiera en este caso, no veo cuando podría funcionar esa causal.

Te saluda muy atte. tu amigo.