Boletín N° 14.550-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción del Honorable Senador señor Bianchi, que establece la responsabilidad civil de las instituciones que administran fondos de pensiones provenientes de cotizaciones obligatorias.

1. IDEA MATRIZ.

Determinar el estándar de diligencia debida de las instituciones privadas que tienen la obligación de administrar dineros de terceros.

2. FUNDAMENTOS.

La regla general en nuestro ordenamiento jurídico es exigir un estándar de cuidado medio a los diferentes negocios que interactúan en la sociedad civil. Así, no puede exigirse a los sujetos de derecho que conviven en sociedad tener un cuidado extremo en cada uno de sus actos. Sin embargo, como toda regla general admite matices y diferentes niveles de graduación.

En este sentido, a ciertas actividades que reportan utilidades para quienes las explotan y hacen de ellas un negocio y a su vez tienen un alto riesgo para la sociedad asociado, nuestro sistema jurídico le obliga a tener un nivel de cuidado superior.

A estas actividades que involucran, por ellas mismas, un riesgo para otros puede exigírseles una responsabilidad más estricta. Esto ha ocurrido por ejemplo con la responsabilidad del empresario, ya sea directa o por el hecho de sus dependientes, por ejemplo.

La responsabilidad se puede definir como "un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona"[1]**.** No existe en el derecho chileno una norma que contenga una regla general de responsabilidad estricta; en efecto, su establecimiento es materia legislativa, lo que implica que son de derecho estricto.

Para determinar este régimen de responsabilidad es necesario salvaguardar un interés jurídico relevante para la sociedad que ella misma define que es susceptible de ser regulado por un estándar de cuidado más exigente que el ordinario.

Por ejemplo, y siguiendo el profesor Corral, este tipo de responsabilidad tendría su fundamento y justificación en el aprovechamiento pecuniario de una actividad riesgosa o susceptible de causar daño. En ese sentido, el responsable no es el que actúa con culpa, sino aquel que es beneficiado por la producción del riesgo que determinó el resultado dañoso.

Así las cosas, existen bienes especialmente valiosos o vulnerables, que no pueden ser suficientemente cautelados mediante la responsabilidad por negligencia: los fondos de pensiones.

1 BARROS, Enrique. 2010. Tratado de Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile, Editorial Jurídica. p. 15.

Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico se transforma en un instrumento descentralizado de control, cautelando el bien general mediante la acción privada, al entregarse a la víctima del daño la acción de cautelar por sus perjuicios mediante una acción judicial.

Para el caso del bien valioso que este proyecto de ley pretende resguardar, las pensiones, la presente reforma constitucional altera la carga de la prueba estableciendo una presunción de hecho. Esta presunción exime a la parte beneficiada de la carga de la prueba y con ello solo es necesario invocar el presupuesto de hecho que se plantea: en este caso la utilidad anual negativa.

Actualmente no existe controversia sobre si respecto del derecho o hecho presumido existe igualmente un deber de acreditación, la parte beneficiada con el efecto de la presunción, acreditado sea el presupuesto de esta última, no debe siquiera invocar la aplicación de la presunción ni tampoco estará sujeta a una comprobación ulterior de los efectos de esta, pues el juez la conoce y en consecuencia no debe sino aplicarla.

En otras palabras, cuando los presupuestos de la presunción se encuentran acreditados, se producen sus efectos de oficio (tal como sucede por ejemplo respecto de los hechos públicos y notorios) sin necesidad de producción de prueba adicional.

La presunción exime, entonces, a la parte beneficiada de la carga de la prueba, y de la necesidad de invocar la norma a su favor.

Para esta reforma constitucional propuesta, la culpa se configura luego del estudio comparativo de la conducta del deudor con lo descrito en la norma, pero sólo luego de revisar si se cumple de manera fáctica la presunción.

Existirá culpa si existe un distanciamiento entre la conducta del deudor y aquella in abstracto que debió haber ejecutado según parámetros objetivos. Este comportamiento abstracto es aquel de la diligencia que un hombre juicio ocupa en sus negocios, culpa levísima. Puede entonces afirmarse que el deudor que no actúa conforme a la conducta exigible que emana de la obligación legal su acción acarrea su responsabilidad.

Aquí debe vincularse el contenido de la obligación contractual o legal que fija el comportamiento exigible y el criterio de apreciación aplicable a la conducta del deudor. Por consiguiente la búsqueda de la culpa se traduce necesariamente en el examen de dos conductas; una real y la otra deseable y obligatoria. El presente proyecto de ley además asigna una presunción que conlleva la culpa por el solo hecho objetivo de haber obtenido pérdidas un fondo durante el año.

En el caso de aprobarse la presente reforma constitucional, para esclarecer la concurrencia de la culpa, el juez no debe auscultar la conciencia del autor del incumplimiento, siendo suficiente la configuración de la presunción legal propuesta. Se trata de una apreciación objetiva de la conducta del deudor que se ve reforzada por una presunción de culpa correspondiente a una pérdida de valor en un bien valioso, como son las pensiones.

En relación a la indemnización de los perjuicios contractuales rige el principio de reparación integral del daño. Sin embargo el artículo 1558 contempla una restricción en caso de incumplimiento culpable al excluir la reparación de los daños imprevistos. Éstos sólo deben repararse en caso que pueda imputarse dolo al deudor. Por este hecho la

presente reforma constitucional permite la reparación de TODO el daño causado, alterando la regla general en materia de contratos debido a que el bien valioso es de tal envergadura que no solo es apreciable en la cifra de pérdidas de utilidades.

Así las cosas, los mocionantes vienen en presentar el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese el artículo 19 numeral 18 de la Constitución Política de la República, agregando un nuevo inciso tercero, pasando el actual a ser inciso final, en los siguientes términos:

"Las instituciones privadas que administren fondos de pensiones provenientes de cotizaciones obligatorias serán responsables hasta por culpa levísima y concurrirá siempre la indemnización de perjuicios por todo daño causado al afiliado. Se presume la responsabilidad civil de la administradora cuando la rentabilidad anual del fondo de pensión del afiliado sea negativa. "